

TÂNIA CRISTINA MARTINS ARAÚJO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS ANTE OS
PACIENTES EM ATENDIMENTO DE URGÊNCIA E
EMERGÊNCIA EM HOSPITAIS PÚBLICOS.**

BRASÍLIA
2014

TÂNIA CRISTINA MARTINS ARAÚJO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS ANTE OS
PACIENTES EM ATENDIMENTO DE URGÊNCIA E
EMERGÊNCIA EM HOSPITAIS PÚBLICOS.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília-UniCEUB.

Orientador: Profº Einstein Taquary

**BRASÍLIA
2014**

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço ao meu adorável Deus por ter me dado força, coragem e sabedoria para trilhar mais essa estrada na minha vida e por ter me dado uma família simplesmente adorável.

Ao meu esposo, meu grande e eterno amor, que por todos esses anos nunca deixou de me apoiar e de lutar ao meu lado para que eu pudesse realizar mais esse lindo sonho, e nos momentos de angústia sempre tinha uma palavra de carinho e amor.

A minha amada filha, que com toda sua paciência e alegria, sempre tinha uma palavra, um sorriso, um abraço a me oferecer nos momentos de maior ansiedade.

Aos meus pais que construíram a base da minha vida e me deram a alegria e o orgulho de tê-los como um verdadeiro presente de Deus.

Aos meus irmãos, que sempre tiveram uma palavra amiga para que eu não desistisse desse sonho e que o realizasse com muita alegria.

Ao meu querido orientador Profº Einstein Taquary, que com todo o seu conhecimento jurídico e toda a sua paciência e compreensão pode me auxiliar na elaboração deste trabalho, dando resposta às minhas dúvidas e me aconselhando nos momentos de desespero.

Bendigo o Senhor, que me aconselha; pois até durante a noite
o meu coração me ensina.

Salmos 16:7

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
1.1 Conceito e Função	11
1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil (ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e dano experimentado pela vítima).....	13
1.3 Tipos	19
1.3.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	19
1.3.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	21
1.4 Responsabilidade Civil e a Teoria do Resultado (obrigação de meio e obrigação de resultado)	23
1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil.....	26
1.5.1 Culpa Exclusiva da Vítima	26
1.5.2 Fato de Terceiro.....	27
1.5.3 Caso Fortuito e Força Maior	30
1.5.4 Cláusula de Não indenizar	31
2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	33
2.1 Evolução Histórico	33
2.2 Conceituação de Responsabilidade Civil Médica	34
2.3 Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica – Objetiva ou Subjetiva	35
2.4 Atividade Médica Como Obrigação contratual e Obrigação extracontratual	42
2.5 Atividade Médica Como Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado	46
2.6 Dos Deveres do Médico.....	49
2.7 Excludentes da Responsabilidade Médica	52
2.7.1 A Culpa Exclusiva da Vítima	53
2.7.2 Fato de Terceiro.....	54
2.7.3 Caso Fortuito e Força Maior	55
2.7.4 Iatrogenia	55
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	57
3.1 Evolução Histórica	57
3.1.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado	58
3.1.2 Teoria (civilista) da Responsabilidade por atos de gestão	60
3.1.3 Teoria da Culpa Civil (Teoria da responsabilidade subjetiva)	61
3.1.4 Teoria da Culpa Administrativa ou Culpa do Serviço ou Culpa Anônima (<i>faute du servisse</i>)	62
3.1.5 Teoria do Risco	64
3.1.5.1 Teoria do Risco Integral.....	66
3.1.5.2 Teoria do Risco Administrativo	66

3.2	Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro	67
3.2.1	Regra: Responsabilidade Objetiva (Teoria do Risco Administrativo)	67
3.2.2	Pressupostos da Responsabilidade do Estado	68
3.3	Hipóteses de Exclusão da Responsabilidade Objetiva	69
3.3.1	Caso Fortuito ou Força Maior e Culpa Exclusiva da Vítima	70
3.4	Responsabilidade Subjetiva por Ato Omissivo: <i>faute du servisse</i>.	70
3.4.1	Hipóteses de Exclusão da Responsabilidade Subjetiva	70
3.5	Cobrança Judicial do Dano e Ação Regressiva	71
3.5.1	Responsabilidade do Agente Público	71
3.5.2	Ação Regressiva: Legitimidade Passiva	72
4	O ESTADO, O MÉDICO E A SOCIEDADE: O ERRO MÉDICO E A JURISPRUDÊNCIA DE CASOS	74
4.1	Responsabilidade Civil do Estado pela Atividade Médica	74
4.2	Responsabilidade dos Hospitais Públicos	75
4.3	Culpa <i>in eligendo</i> e <i>in vigilando</i> do Estado	77
4.4	Análise do Direito Positivo e da Jurisprudência frente Ações de Responsabilidade Civil Médica e do Estado	77
4.5	Fatores que influem para o crescente número de processos por erro médico no Brasil	86
CONCLUSÃO		91
REFERÊNCIAS.....		96

RESUMO

O presente trabalho tem como foco assunto de crescente importância no meio jurídico devido aumento substancial das demandas judiciais que tem suscitado: o erro médico. A abordagem visa ir além de mostrar os conceitos de responsabilidade do médico e do Estado, pois, de modo diverso, quando comparado à maioria dos outros trabalhos sobre o tema, interroga se os julgamentos têm adotado critério de avaliação que considera as condições adversas de trabalho oferecidas ao profissional médico, em especial no âmbito dos Serviços de Urgência e Emergência do Sistema Único de Saúde. Torna-se evidente que a carência de recursos humanos e materiais têm exercido papel decisivo para que resultados desfavoráveis ocorram aos usuários, pressionando demandas judiciais crescentes. E, fica claro concluir que, frente ao dever de agir nos casos de urgência e emergência, o médico lança mão dos deficientes recursos disponíveis, muitas vezes, em conduta diferente da adotada pela ciência atual para o procedimento a ser executado, fato que resulta em maior risco ao paciente. Tal atitude, em diversos casos, leva a resultados inesperados e insatisfatórios. Portanto, a melhoria dos serviços em saúde oferecidos pelo SUS pode ser a chave não somente para um atendimento à saúde da população feito com mais dignidade, assim como, também, representa a solução para que um menor número de pacientes se tornem vítimas de danos, evitando que muitos deles tenham que recorrer ao Judiciário para fins de ressarcimento.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado – Responsabilidade Civil Médica – Erro Médico – Culpa – Deveres do Médico

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por erro médico vem se tornando, no momento atual, uma das preocupações mais relevantes da comunidade jurídica. Parte deste fato se deve ao aumento do número de questionamentos judiciais referentes aos atos médicos. De uma situação onde questionamentos jurídicos eram quase que inexistentes devido relação de confiança do paciente na conduta do médico mas, principalmente, em sua pessoa vista como um amigo da família, hoje verifica-se o profissional cada vez mais distante no relacionamento interpessoal, visto pelo paciente como um técnico frio e distante, sendo cada vez menos aceitos resultados inesperados resultantes de suas condutas.

Multiplicam-se os casos de ações de indenizações referentes ao ato médico e suas consequências. Os questionamentos pela imprensa frente a erros médicos de ocorrência usual, mas que muitas vezes são tomados como a regra, são cada vez mais frequentes e fomentam na população maior incredulidade na figura antes infalível do médico. No âmbito do Sistema Único de Saúde os atendimentos são realizados em um regime de universalidade e gratuidade onde os custos são financiados pelo Estado em uma rede de saúde hierarquizada. Mas diferenciando teoria da prática, tem sido observada uma rede de atendimento com poucos recursos de pessoal e insumos (alguns deles básicos) o que, muitas vezes, retarda o atendimento do paciente, modifica o modo de agir dos agentes de saúde ou prorroga o tratamento de modo impróprio desfavorecendo um resultado positivo para a recuperação de sua saúde. Estruturas hospitalares superlotadas, infra-estrutura deficiente, aparelhos ultrapassados ou inadequados para os padrões atuais de tecnologia da ciência para diagnóstico e tratamento, material médico hospitalar sem manutenção aumentam os riscos de danos aos usuários dentro de unidades de saúde do SUS, aumentando a insatisfação da população quanto ao atendimento realizado (ou mesmo em alguns casos a impossibilidade de atender por falta de recursos).

Este contexto desfavorável tem sido levado em consideração nos julgamentos de responsabilidade civil do médico em caso de ações por danos sofridos pelos pacientes? Cumpre lembrar que o profissional ao prestar atendimento nos serviços

de urgência e emergência tem seu dever de agir para garantir ao paciente um risco menor possível de complicações – ainda que os recursos disponíveis para a empreita sejam inadequados.

A discussão trata de modo específico da responsabilidade civil do médico e do Estado, permitindo, assim, lançar um olhar para o modo que se trata judicialmente o resultado final desfavorável do serviço prestado: o dano. Evitar que grande parte das ações judiciais por erro médico ocorram, passa por esforços que podem e devem ser feitos para garantir que se cumpra a Constituição, fornecendo à população atendimento público de qualidade.

Com esta proposta, no primeiro capítulo, ocorre uma busca sobre o tema responsabilidade civil, seu conceito e tipos, fazendo diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual, assim como, diferenças entre a responsabilidade subjetiva e objetiva. Também é abordado os tipos de obrigação e os aspectos que diferenciam a obrigação de meios e de resultado. As excludentes de responsabilidade, em suas formas adotadas pela legislação e aceitas pela jurisprudência, complementam a proposta deste capítulo.

No segundo capítulo a abordagem se torna mais específica, tratando do tema responsabilidade médica, iniciando com sua evolução histórica, o conceito atual, a natureza da responsabilidade civil médica e em que situações se utiliza o conceito de responsabilidade objetiva e subjetiva para o profissional médico. Trata de diferentes vínculos jurídicos criados entre o médico e o paciente durante o ato profissional diferenciando, a depender do contexto, em contratual e extracontratual. Analisa-se também em que casos a obrigação do médico deve ser de meios ou de resultado e lista os deveres do médico, que em qualquer ato médico devem ser rigorosamente cumpridos. Por último, mas não menos importante, são abordadas as excludentes de responsabilidade específicas para os casos que tratam de erro médico.

No terceiro capítulo, a responsabilidade civil do Estado é vista a partir de uma evolução histórica que mostra o estágio inicial no qual esta modalidade de responsabilidade sequer existia, sua evolução até a teoria do risco administrativo que, atualmente é a mais aceita no meio jurídico brasileiro, levando a adoção da

responsabilidade objetiva para julgamentos que envolvem o dano ao cidadão comum em consequência de uma das diversas atividades executadas pelo estado, assim como, as situações que podem ser utilizadas como excludentes de responsabilidade para que o Estado não tenha o dever de indenizar. O fato do Estado também responder por responsabilidade subjetiva em alguns casos fica representado na abordagem da chamada *faute du servisse*. E complementando, trata da forma que dispõe o Estado, em caso de erros cometidos por seus agentes, de interpor ações visando ressarcimento.

No quarto e último capítulo a prática jurídica se destaca, sendo analisado, por meio de ações julgadas por diversos tribunais no Brasil, de que modo é tratada a responsabilidade em processos por erro médico, bem como as razões pelas quais o Estado se torna responsável pela atividade médica e também pelas atividades desempenhadas pelos hospitais públicos. Avalia ainda o dever do Estado quanto ao papel de eleger seus agentes e de vigilância contínua das funções exercidas por eles. Encerrando este capítulo, são abordados alguns aspectos sociais, políticos e econômicos relativos ao Sistema Único de Saúde, que se tornam relevantes para o crescente número de ações por erro médico no Brasil.

Com a finalidade de se alcançar os objetivos definidos nesse trabalho científico será analisada a responsabilidade civil médica e do Estado frente o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e os artigos 6º, 37, §6º e 196 da Constituição Federal.

Assim como será utilizada análise de diversos doutrinadores no assunto, como Rui Stoco, Kfoury Neto, Genival Veloso de França, Sílvio de Salvo Venosa, dentre outros.

Ademais, artigos científicos e jurisprudência também serão utilizados para apresentar informações acerca do tema responsabilidade civil médica e do Estado, com enfoque específico para aqueles casos em que ocorra dano a pacientes durante procedimentos realizados em hospitais públicos, onde falhas na estrutura hospitalar possa ter concorrido direta ou indiretamente para o desfecho desfavorável do caso, assim como, verificar o papel do profissional médico, quanto a responsabilidade solidária nestes casos.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Aspectos gerais da responsabilidade civil são tratados neste primeiro capítulo, entre esses aspectos incluem-se o conceito de responsabilidade civil, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e objetiva e sua aplicação prática, responsabilidade de meio e de resultado, em que situações se aplica cada uma delas e excludentes de responsabilidade civil.

1.1 Conceito e Função

O dever que uma pessoa, natural ou jurídica, tem de arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio jurídico é denominado de responsabilidade.¹

De acordo com Rui Stoco, responsabilidade civil é a instituição que assegura direitos aos que se sentem insatisfeitos, injustiçados, prejudicados em decorrência de ação ou omissão de outrem, para fins de reparação do dano sofrido como resultado de fato que não ocorreu *secundum ius*.²

Não se trata, responsabilidade, de uma obrigação original, mas consequente. O direito, como fato gerador de obrigação para a pessoa, e sendo esta violada, tem como consequência a responsabilidade, sendo sucessiva ao dever jurídico e suplementar a este.³

Poderá, pois, com vistas a ressarcimento, lançar mão da responsabilidade civil todo aquele que sofrer ofensa física ou moral, tiver seus direitos desrespeitados, não obtiver o que fora avençado, servindo de instrumento para a retratação de um conflito.⁴

Na sociedade pós moderna a responsabilidade civil exerce o papel importante de resolução de conflitos entre as partes, assegurando maior proteção ao direito do indivíduo, da coletividade e difuso. Tem como função assegurar que o direito lesado

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 1.

² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.112.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

⁴ STOCO, Rui. Op.cit., p.112.

seja ressarcido, prevenindo coletivamente que novas violações ocorram por parte do agente em desfavor de terceiros⁵. Serve, ainda, como sanção civil que se imputa ao agente causador do dano em decorrência da ofensa à norma jurídica, sendo para a vítima lesada uma forma de compensação.⁶

Marca sua importância nos tempos atuais, de acordo com Maria Helena Diniz, o fato de restaurar equilíbrio moral e patrimonial desfeito, bem como tutelar a pertinência de um bem e suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, em conformidade com os ditames da justiça.⁷

A teoria da responsabilidade se fundamenta no princípio jurídico de que todo aquele que causa dano a outrem tem o dever de reparar. No Código Civil brasileiro este princípio encontra registro na junção dos artigos 186 (que define o ato ilícito) e 927 (impõe àquele que pratica ato ilícito a obrigação de reparar o prejuízo decorrente).⁸

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A limitação da reparação somente se admite, de forma excepcional, por motivos de ordem pública, devendo ser observado nos demais casos o princípio geral da restituição ou recomposição integral ao estado anterior ao prejuízo verificado (*restitutio in integrum*).⁹

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.9-10.

⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da, **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7, p. 05.

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 13.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.

A noção jurídica de responsabilidade, dessarte, pressupõe ação que viola norma jurídica preexistente, legal ou contratual (ato ilícito), e implica em dano a outrem, subordinando-se o agente à obrigação de reparar como consequência do seu ato.¹⁰

Em algumas situações, a lei ordena reparação do prejuízo em favor da vítima, ainda que não tenha havido por parte da pessoa que se obriga a repará-lo, violação da lei (como no caso de acidente de trabalho). Também, por mesmo princípio, há situações nas quais o agente causador do dano, ainda que tenha procedido sem culpa, tem o dever de reparar o dano sofrido pela vítima.¹¹

1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil (ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e dano experimentado pela vítima).

Para que haja responsabilidade civil, se faz necessária a existência de pressupostos, sendo o desdobramento do artigo 186 do Código Civil útil para a verificação destes.¹²

São evidentes quatro elementos essenciais da responsabilidade civil durante a análise do artigo 186. São eles: ação, omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, dano experimentado pela vítima.¹³

**Ação ou omissão do agente* – O comportamento humano que contraria a ordem jurídica é fundamental para a existência de responsabilidade civil, sendo este o seu primeiro momento, e resulta de ação ou omissão por parte do agente.¹⁴

O dever de indenizar surge quando o agente infringe dever contratual, legal ou social, por meio de ação (fazer) ou omissão (não fazer).¹⁵

¹⁰ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 53.

¹¹ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 13.

¹² SILVA, Roberto Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 377, p. 178.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129.

¹⁵ RODRIGUES, Silvío. Op.cit., p. 19.

Deste modo, a ação ou omissão humana voluntária é pressuposto para configuração de responsabilidade civil e apenas o homem (pessoalmente ou por meio das pessoas jurídicas que forma) poderá ser civilmente responsabilizado.¹⁶

A conduta humana voluntária resulta de liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento e consciência do que faz. A ação voluntária não implica, necessariamente, na intenção de causar dano, mas apenas no fato de ter consciência do que está fazendo e não ocorre somente quando existe culpa (responsabilidade subjetiva), mas também na idéia de risco (responsabilidade objetiva), sendo que em ambas deve o agente causador do dano agir voluntariamente, por meio de sua autodeterminação. Neste nível de consciência se entende os atos materiais e eventuais danos praticados pelo agente, não sendo exigido, necessariamente, consciência subjetiva da ilicitude do ato.¹⁷

Importa ressaltar que não responderá o agente apenas por ato que tenha praticado, mas também por ato de terceiro que esteja sob sua guarda e por danos causados por coisas ou animais que a ele pertençam.¹⁸

Quando se estabelece nexos causal entre o comportamento do agente e o dano, há responsabilidade por fato próprio. Entretanto, quando a relação causal repercute em terceiros, caberá o dever de reparar o mal causado quando em decorrência de vínculo jurídico especial. Ocorre, ainda, responsabilidade pelo fato das coisas quando o dano é causado por objeto ou animal sobre o qual havia um dever de vigilância por parte do agente.¹⁹

No entendimento legal, existe conduta voluntária do agente, mesmo que o ato tenha sido causado por terceiro, por fato do animal ou da coisa, pois nestes casos ocorrem omissões por parte do agente ligadas a deveres jurídicos de custódia,

¹⁶ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 73.

¹⁷ Ibidem, p. 74.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direito das obrigações**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5, p. 623.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.I, p. 566.

vigilância, ou má eleição de representantes. Há, portanto, responsabilização imposta pela norma legal.²⁰

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

“Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

Nos casos de omissão, convém ressaltar, para que se configure responsabilidade, se faz necessário haver o dever jurídico de agir por parte do agente (de não se omitir), e ser demonstrado que com a sua prática, o dano poderia ser evitado. O dever de agir pode ser imposto por lei (artigo 176, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro), resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) ou criada de alguma situação especial de perigo.²¹

**Dolo ou culpa do agente* – À luz do preceptivo em epígrafe (artigo 186, do CC), o segundo aspecto importante se refere ao dolo por parte do agente que poderá ocorrer por ação ou omissão voluntária, e em seguida a culpa por “negligência ou imprudência”²². Deste modo, nos termos da lei, deve se provar ter sido o comportamento por parte do agente, que deu causa ao dano, doloso ou pelo menos culposos.²³

A culpabilidade na responsabilidade civil é elemento essencial, sendo exigida pelo legislador na origem do ato ilícito no momento em que ocorre a ofensa ao ordenamento jurídico. Esta conduta pode ocorrer de modo intencional, por

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 59.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

²³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 16.

imprudência ou negligência. Existem, entretanto, situações excepcionais em que o Código dispensa a culpa, sendo o parágrafo único do artigo 927 uma dessas exceções, fato este que não deve ser visto como "regra geral ou dualismo".²⁴

O elemento culpa é consagrado no Código Civil Brasileiro de 2002 como regra básica para que exista o dever de reparar. Entretanto, casos de responsabilidade sem culpa ou de culpa irrefragavelmente presumida são admitidos no nosso direito positivo.²⁵

No entanto, esse entendimento não tem aceitação generalizada na doutrina. Para alguns doutrinadores o Código Civil de 2002 apresenta critério dualista de responsabilidade com culpa e responsabilidade sem culpa ou objetiva²⁶, presentes no artigo 186²⁷ e no parágrafo único do artigo 927.²⁸

O dolo consiste em infringir de modo consciente o dever legal previsto ou infração da norma com a consciência do resultado por parte do agente da ação. A culpa por sua vez ocorre quando da violação do dever legal sem que haja consciência pelo agente de causar o dano.²⁹

A culpa evidencia comportamento equivocado da pessoa, sem, entretanto, a intenção de lesar ou violar direito de outrem, mas da qual poderia se exigir comportamento diverso esperado para o *homo medius*, sendo, portanto, erro inescusável ou sem justificativa plausível, evitável. Em caso de erro escusável e

²⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.131.

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 17.

²⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.130.

²⁷ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁸ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.I, p. 562.

plenamente justificável pelas circunstâncias, não se pode falar de culpa *stricto sensu*.³⁰

Sendo assim, se revela culpa através da negligência (quando a atitude se mostra aquém do esperado, omissiva, ou seja, consiste em não apresentar o agente o ato de prevenir com cuidados que seguem o padrão ou norma inerentes à ação a ser executada, faltando com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Ocorre, portanto, pelo descuido por parte do agente em seu comportamento por agir com displicência ou ignorância inaceitável e injustificável), da imprudência (quando não observa cuidados necessários, criando riscos desnecessários, o agente não considera o risco inerente e age com precipitação, sem cautela necessária à ação que está prestes a desenvolver fato este gerador de dano), ou imperícia (quando o dano resulta de inobservância de normas técnicas para a ação adotada, demonstra que o agente não possui habilidade para realização da função que é exigida naquele dado momento, e, deste modo, os acontecimentos ocorrem de forma diversa daquilo que se espera.).³¹

Em todos os casos mencionados nas modalidades de culpa, ocorrem consequências ilícitas que poderiam e deveriam ter sido previstas pelo agente, mas não foram pretendidas pelo mesmo no momento da ação.³²

Assim, na conduta dolosa o agente atua de modo consciente e deseja o resultado nocivo, enquanto na conduta culposa age sem previsão ou sem o desejo de causar dano, mas o pratica.³³

**Relação de causalidade* – o dano resulta de ação ou omissão por parte do agente, ou seja, existe relação direta entre a conduta do agente e o resultado danoso verificado. Sem apresentar nexos de causalidade não há dever de indenizar. Portanto, havendo dano que não tenha relação direta com o comportamento do agente, não existe também obrigação de indenizar. Tal entendimento vem do verbo

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

³¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 98.

³² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 4.

³³ SILVA, Roberto Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.377, p. 179.

"causar" utilizado no artigo 186 do Código Civil.³⁴

Segundo Venosa, o nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade se origina de leis naturais e associa de modo inseparável a conduta do agente ao dano sendo, portanto, elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa culpa sem, entretanto, dispensar o nexo causal. Não há como ressarcir a vítima de um dano sem estabelecer direta relação entre o dano e a conduta do agente, levando o ato danoso ao seu responsável. Nem sempre é fácil estabelecer a relação causa e efeito, no caso concreto.³⁵

Aponta, Rui Stoco, após informar sobre as várias doutrinas sobre o tema, que:

“o que importa é que caberá ao juiz, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dono verificado”.³⁶

**Dano experimentado pela vítima* – mais um dos requisitos para a existência de responsabilidade civil é que exista um dano, seja este de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial.³⁷

Não havendo prova do dano causado não há como se falar de responsabilidade civil. O dano pode ser de ordem material ou simplesmente moral, individual, coletivo ou social. Não havendo dano não haverá objeto de reparação, pois havendo violação de dever jurídico e, ainda que tenha havido culpa ou dolo por parte do infrator, não sendo verificado prejuízo não haverá indenização devida. Deste modo, obriga a indenizar a existência da violação do direito seguida de dano consequente àquele ato.³⁸

Portanto, o dano, resultante de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, se faz elemento essencial e indispensável para que o agente seja responsabilizado. Assim, a obrigação que gera

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 54.

³⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.152.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.I, p. 566.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op.cit., p. 38.

responsabilidade pode se originar de ato lícito, ato ilícito e não cumprimento contratual, podendo ainda tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.³⁹

1.3 Tipos

A responsabilidade civil pode ser classificada de modo diverso, a depender da perspectiva que é analisada.

Relativo ao fato que gera responsabilidade civil poderá ser: a) contratual, se originada de não cumprimento de negócio jurídico firmado entre as partes; b) extracontratual ou aquiliana, se resulta em não cumprimento de norma prevista em lei.⁴⁰

Quanto ao fundamento poderá se apresentar como: a) subjetiva se verificado culpa ou dolo decorrente de ação ou omissão por parte do agente; b) responsabilidade objetiva o dano decorre do risco que representa o exercício da atividade que o originou.⁴¹

1.3.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

O descumprimento de obrigação prevista em contrato ou violação da lei vigente origina responsabilidade civil. Verifica-se no primeiro caso responsabilidade contratual (negocial) e no outro responsabilidade extracontratual (extranegocial) ou aquiliana. Nas duas ocorre a figura do ato ilícito, sendo que no ilícito extracontratual o agente descumpre dever previsto em norma jurídica, e no ato ilícito contratual deixa de cumprir obrigação prevista na origem do negócio jurídico realizado entre as partes.⁴²

Não há, no entendimento de alguns doutrinadores, diferença significativa de responsabilidade civil em sua essência, sendo sustentada uma igualdade de natureza entre elas. São características comuns, que geram reparação, tanto na responsabilidade civil extracontratual e na negocial: a) ação ou omissão do agente; b) dano moral ou patrimonial experimentado por uma das partes; c) ligação direta

³⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.128.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7, p. 115.

⁴¹ Ibidem, p. 116.

⁴² NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 22.

entre o dano experimentado pela vítima e a ação do agente; d) risco inerente à atividade em prática ou *lato sensu*.⁴³

Entretanto, Rui Stoco avalia que “embora possam ser identificados vasos comunicantes entre a responsabilidade delitual e a contratual, impõe-se, também, reconhecer diferenças sensíveis entre uma e outra”⁴⁴. Estas diferenças entre essas duas formas de responsabilização podem ser evidenciadas basicamente quanto a existência prévia de relação jurídica entre a vítima e o agente; o ônus da prova quanto à culpa e a diferença quanto à capacidade.⁴⁵

Para que se caracterize a responsabilidade civil contratual, se faz necessário que a vítima e o autor do dano tenham se aproximado previamente e entre eles exista vínculo relativo ao cumprimento de uma ou mais prestações, observada a violação ou não cumprimento do objeto do negócio jurídico. Na culpa aquiliana a violação se deve ao princípio de que há obrigação de não causar dano a ninguém, ou seja, ocorre violação de um dever necessariamente negativo.⁴⁶

A responsabilidade civil contratual tem origem, portanto, em um acordo ou convenção firmado entre as partes, enquanto a extracontratual decorre da não observação de um dever genérico que é o de não lesar ou não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), previsto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro.⁴⁷

O ônus da prova é tido por alguns autores como a mais significativa diferenciação, pois na responsabilidade contratual a partir da prova por parte do credor de que houve descumprimento do acordo entre as partes, cabe a necessidade de provar que houve cumprimento do acordo ou *ônus probandi* ao inadimplente evidenciando não ter tido culpa de sua parte, existência de força maior ou outra excludente de responsabilidade para que não seja obrigado a indenizar. Na responsabilidade aquiliana cabe à vítima demonstrar ter culpa o agente que deu

⁴³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 24.

⁴⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.142.

⁴⁵ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 62.

⁴⁶ Ibidem, p. 62.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 46.

causa ao dano.⁴⁸

Sendo assim, na responsabilidade contratual a vítima, de modo geral, tem maior probabilidade de obter indenização por parte do agente porque não é sua a responsabilidade de provar a culpa, pois a culpa é presumida com base na inversão do ônus da prova. Se mostra suficiente apenas provar que o contrato não foi cumprido e ter havido dano consequente ao seu não cumprimento.⁴⁹

Outro modo de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil, diz respeito à capacidade do agente pois o menor só se vincula às obrigações previstas em contrato quando assistido por seu representante legal ou se, excepcionalmente, declarou-se maliciosamente maior de idade (artigo 180 do Código Civil), somente podendo ser responsabilizado nestes casos. De modo diverso, na responsabilidade aquiliana cabe ao menor reparar o dano em todos os casos em que este ocorrer e que ele for considerado culpado.⁵⁰

Venosa conclui que a responsabilidade em geral compreende todas as regras nas quais o autor de um dano tem como obrigação indenizar.⁵¹

1.3.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A partir do Código Civil de 1916 inicia-se no Brasil a doutrina da culpa, na qual se fundamenta a responsabilidade civil. Após sua revogação, o atual Código Civil mantém a culpa como fator fundamental para verificação de responsabilidade⁵², conforme verificado no artigo 186.⁵³

O Código Civil Brasileiro filiou-se à teoria “subjetiva”, conforme descrito no artigo acima, onde se verifica no dolo e na culpa por parte do agente, fundamento

⁴⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 10.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 46.

⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. Op.cit., p. 10.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 24.

⁵² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.155.

⁵³ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

legal para obrigação de reparar a vítima pelo dano sofrido.⁵⁴

A teoria subjetiva, entretanto, tem sido objeto frequente de insatisfação quanto à sua aplicação prática, em virtude de sua incompatibilidade com o cotidiano, bem como com o rápido e intenso desenvolvimento verificado no tempo atual.⁵⁵

Ao ser adotada em alguns casos a responsabilidade objetiva, convém que seja mencionado o fato da responsabilidade subjetiva se manter como regra necessária. A responsabilidade objetiva encontra aplicação em situações específicas, tais como o parágrafo único do artigo 927, em alguns casos especificados em lei, bem como quando o direito de outrem for lesado por ação decorrente da atividade exercida pelo autor por consequência de sua particular natureza.⁵⁶

A responsabilidade civil subjetiva somente poderá ser caracterizada se houver prova de que o agente agiu com dolo ou culpa. No entanto, na responsabilidade civil geral, pode haver dependência ou não da existência de culpa ou dolo – como nos casos em que se aplica a responsabilidade objetiva.⁵⁷

Assim, o dever de indenizar surge, nos casos de responsabilidade civil subjetiva, a partir da prova de que o agente causador do dano incorre em culpa ou dolo durante a prática do ato, sendo este fato indispensável para sua caracterização.⁵⁸

Nos casos em que se aplica a responsabilidade legal ou objetiva, por sua vez, se faz por imposição legal a certos agentes e independe de culpa ou dolo durante o ato praticado, pois nestes casos, se apresenta satisfeita para fins do dever de indenizar apenas com a existência do dano experimentado pela vítima associado ao nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação do agente, não havendo, portanto, dependência em se provar dolo ou culpa durante a prática da ação para

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

⁵⁵ SILVA, Roberto Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.377, p. 175.

⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5 p. 604.

⁵⁷ SILVA, Roberto Abreu e. Op.cit., p. 175.

⁵⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 11.

que exista obrigação de reparar.⁵⁹

A teoria do risco pode ser mencionada para que a aplicação da responsabilidade objetiva se justifique, pois de acordo com esta teoria o risco de dano criado a terceiros através de uma atividade exercida por um agente, obriga este agente a reparar danos decorrentes desta atividade, ainda que a atividade em si ou o comportamento do agente durante a ação estejam livres de culpa.⁶⁰

Deste modo, configura responsabilidade civil subjetiva o agente que durante a prática de um ato contrário ao direito age com dolo ou culpa e, por consequência, cause dano a outrem, podendo o dano ser material ou moral. Este ato deve ainda estabelecer com o dano uma relação direta de causalidade, ou seja, sem que houvesse a ação do agente o dano não teria ocorrido. Para configurar responsabilidade civil objetiva, no entanto, não se faz necessário que o ato seja culposos, mas somente a comprovação da existência do dano e o nexo de causalidade.⁶¹

1.4 Responsabilidade Civil e a Teoria do Resultado (obrigação de meio e obrigação de resultado)

Rui Stoco esclarece que deverá aquele que exerce atividade cuja obrigação é considerada de meio, sendo esta característica própria da atividade, agir da melhor maneira possível, com diligência sendo a finalidade obter o melhor resultado possível, ainda que este não seja conseguido, pois o objeto do contrato é a própria atividade do devedor. Na obrigação de resultado, não tendo sido alcançado determinado objetivo previsto, não terá se cumprido a obrigação devida e, portanto, responderá o agente pelas consequências.⁶²

Arnaldo Rizzardo descreve de modo diverso, porém preciso, o que distingue essas obrigações:

“Na obrigação de meio, a assunção de obrigações limita-se ao

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4, p. 48.

⁶⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4, p. 11.

⁶¹ DONIZETTI, Elpidio e QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 395.

⁶² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.169.

desempenho ou emprego de determinados meios, ou de conhecimentos específicos, de práticas recomendadas, de diligência total, de um procedimento qualificado e técnico. Almeja-se alcançar um resultado, o qual, porém, não é garantido. Promote-se, no entanto, fazer o melhor para conseguir o intento pretendido. É assim a atividade do publicitário, do médico e do advogado. Utilizam-se os conhecimentos, as técnicas, e arte existentes na maior perfeição ou avanço para conseguir o resultado contratado, no que normalmente se obtém sucesso.

Na atividade de resultado, que decorre porque se assumiu o cumprimento de uma obrigação de resultado, contrata-se a atender ou a cumprir uma pretensão, a efetuar um trabalho, a apresentar uma peça teatral, a erguer uma construção, a confeccionar uma vestimenta. Promote-se um determinado objeto, que obrigatoriamente importa o cumprimento para ter-se como cumprida a obrigação. Impõe-se entregar ou conseguir o resultado combinado, sob pena de inadimplemento contratual e cominação das perdas e danos”.⁶³

Para Demogue, idealizador da teoria do resultado, a diferença prática a ser feita entre a obrigação de meios e de resultado é a que parte deverá ser atribuído o ônus da prova.⁶⁴

Conforme esclarecimentos de Nereu Tadeu Camara Souza, citado por Arnaldo Rizzardo, “quando se tratar de obrigações de meio, o ônus da prova cabe ao que acusa”, fato este tomado como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, quando se tratar de obrigação de resultado, ocorre a presunção de culpa por parte do agente, cabendo nestes casos a inversão do ônus da prova. Na prática, isto significa que deve o agente provar não ser verdade a acusação a ele imputada.⁶⁵

Observa-se, assim, que a inversão do ônus da prova somente se aplica nos casos em que a obrigação é de resultado, sendo que nas obrigações de meio o agente tem o dever de empregar todos os meios disponíveis que estejam a seu alcance para atingir determinado fim, ainda que encerrada sua ação não seja possível satisfazer o resultado esperado. Somente nos casos em que se prove ter o agente não agido com diligência indispensável para a execução da tarefa e sendo o resultado diverso do esperado pela outra parte contratante fica caracterizada

⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 319-320.

⁶⁴ DEMOGUE, René *apud* STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.168.

⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Op.cit.*, p. 320.

infração por parte do autor da ação.⁶⁶

Quanto a existência de culpa (*latu sensu*), na obrigação de meios a conduta ilícita ocorre se não agiu o autor da ação com atenção, diligência e cuidados adequados durante a execução do previsto no contrato, cabendo ao credor provar esta conduta incauta daquele que executou a ação que, conseqüentemente, produziu o dano. Por sua vez, na obrigação de resultado ocorre o que se chama de culpa presumida, ou seja, é considerado inicialmente que o fato da não obtenção do resultado esperado decorre de ação inadequada ou culposa por parte do contratado cabendo a este provar de modo diverso. Logo, tanto na obrigação de meios como na de resultado, impõe-se a existência de culpa (*latu sensu*).⁶⁷

A doutrina da teoria da responsabilidade devido ao exercício de uma atividade de meios ou de resultado se relaciona diretamente à responsabilidade contratual devido ao fato dela ter origem no contrato ou convenção firmada entre as partes, enquanto na extracontratual o que se observa é o não cumprimento do dever genérico de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), de acordo com o artigo 186 do Código Civil, devendo assim, aquele que solicita reparação pelo dano sofrido provar a culpa do causador do dano.⁶⁸

Por fim, vale ressaltar que a teoria do resultado encontra aplicação plena aos profissionais liberais, tendo em vista que o artigo 14, §4º⁶⁹, do Código de Defesa do Consumidor reafirmou sua responsabilidade pessoal mediante a verificação da culpa.⁷⁰

Deste modo, o Código do Consumidor ao adotar para os profissionais fornecedores de produtos ou serviços em geral, exceto os profissionais liberais e a

⁶⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5, p. 582.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 336.

⁶⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 24.

⁶⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

⁷⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.171.

prestação de serviços em hospitais, responsabilidade objetiva, torna a teoria apresentada sem maior importância. Sendo assim, seja na obrigação de meios ou de resultado e independente de haver culpa no ato praticado, o prestador de serviço responderá pelo dano causado, sendo suficiente a verificação do dano e o nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado.⁷¹

1.5 Excludentes da Responsabilidade Civil

Nos acontecimentos em que se verificam ilícitos pode coexistir fatos específicos tipificados em lei que excluem a responsabilidade do agente. Deste modo, em dadas situações particulares, a relação de causalidade é considerada como excluída, ou seja, não pode a ação do agente ser considerada como a causa para o dano ocorrido. Sendo assim, em casos onde ocorram culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior não há dever de indenizar devido quebra do vínculo causa efeito.⁷²

Entretanto, fatos outros que existam antes mesmo do ato danoso praticado pelo agente, chamados de concausas preexistentes, não são tomados como excludentes e, sequer diminuem a responsabilidade dele, que nestes casos, responderá pelo resultado mais grave ainda que não tenha conhecimento prévio da concausa e que esta tenha concorrido para o agravamento do resultado.⁷³

Interpretação equânime aplica-se à causa superveniente, que de nenhum modo favorece o agente visto ter servido como reforço ou agravo para o resultado, não o tendo, entretanto, produzido. Vem, contudo, adquirir relevo, nos casos em que ocorre como causa direta de novo dano, após romper o nexo causal anterior. Sendo que o mesmo ocorre com a causa concomitante quando o resultado desfavorável está exclusivamente relacionado a ela.⁷⁴

1.5.1 Culpa Exclusiva da Vítima

Em concordância com o Direito Romano em seus dizeres *Quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*, a despeito do Código Civil não

⁷¹ MAIA, Alneir Fernando Santos. A inclusão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. **Revista de Direito da Universidade FUMEC – Meritum**, Rio de Janeiro: Forense, jan/jun 2012, v.7, nº 1, p. 390.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 7, p. 98.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 472.

⁷⁴ Ibidem, p. 472.

menção a culpa exclusiva da vítima como excludente de responsabilidade civil, a doutrina e a jurisprudência aplicam desta forma. Entretanto, no Código Civil de 2002, em seu art. 945⁷⁵, está previsto culpa concorrente da vítima, que servirá ao agente como atenuante, e que, portanto, não deve ser confundida com culpa exclusiva da vítima, excludente segundo os doutrinadores.⁷⁶

Enquanto na culpa exclusiva da vítima a relação causa efeito entre dano e conduta do agente causador se quebra não havendo, no entendimento doutrinário, dever de indenizar, no caso de culpa concorrente da vítima a responsabilidade pelo dano e, portanto, o dever de indenizar são repartidos proporcionalmente à ação que cada um dos agentes que deram causa a ele, de acordo com sua culpa. Sendo assim, pode o resultado final da partilha relativa aos prejuízos gerar resultado desigual para as partes envolvidas de acordo com sua concorrência para o resultado final desfavorável.⁷⁷

Assim, o agir que se enquadre em modalidade culposa, seja por negligência, imperícia ou imprudência, conjuntamente por parte do agente e da vítima caracteriza culpa concorrente⁷⁸. Na culpa exclusiva da vítima, por sua vez, esta produz a ação que por si leva ao dano experimentado, o que elimina o nexo de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo. Neste caso, o suposto agente serve para a vítima apenas como instrumento.⁷⁹

1.5.2 Fato de Terceiro

Na responsabilidade civil, estando uma pessoa apontada como agente de ato que produziu dano, o fato de terceiro demonstra que outro indivíduo aparentemente fora da cena é na prática o agente causador do dano⁸⁰. Sendo assim, o fato de terceiro torna-se excludente de responsabilidade civil, desde que o dano tenha sido

⁷⁵ BRASIL Código Civil de 2002. Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁷⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.185.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p.56.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7, p. 98.

⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da, **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 140.

⁸⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 124.

provocado não pelo suposto agente ou pela vítima, mas por outra pessoa. Fica configurado este entendimento ainda que o terceiro envolvido não seja imputável ou que tenha procedido de modo involuntário. Caso se verifique que o acusado de alguma forma também tenha participado na formação da causa, responderá pelos danos, figura caracterizada como responsabilidade solidária⁸¹, prevista no artigo 942, parágrafo único, do Diploma Civil.⁸²

Segundo Maria Helena Diniz, para que seja considerado como excludente para o suposto agente o fato de terceiro, necessariamente deve demonstrar nexos de causalidade entre ação praticada por este e o prejuízo experimentado pela vítima e que o acusado não tenha provocado o fato de terceiro, pois caso o agente também tenha dado causa ao dano, sua responsabilidade será mantida, pois será caso de culpa concorrente com a do terceiro. Assim, o fato de terceiro só terá força exoneratória se provado que o terceiro foi o único culpado pelo evento danoso, que fato de terceiro seja ilícito e que o dano era irresistível e imprevisível.⁸³

Predomina nos julgados, entretanto, o entendimento que a responsabilidade de terceiro não se trata de excludente e, portanto, não retira do autor direto, responsável imediato do evento lesivo, o dever jurídico de responsabilidade.⁸⁴

Nos artigos 929 e 930 do Código Civil⁸⁵ está, de forma indireta, regulado o princípio de que responde pelo dano o autor imediatamente responsável pelo evento danoso, tendo este, no entanto, a possibilidade de ação regressiva contra o terceiro que tenha provocado a situação de perigo. No entanto, existe inclusive a possibilidade da vítima ingressar diretamente contra o terceiro que lhe tenha

⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p.137.

⁸² BRASIL Código Civil de 2002. Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7, p. 100.

⁸⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.191.

⁸⁵ BRASIL Código Civil de 2002. Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

causado dano.⁸⁶

Sendo que, de acordo com artigo 70 inciso III do Código de Processo Civil, deve a parte acusada realizar a denúncia da lide, para que possa, caso seja condenada a reparação, exercer direito de regresso contra terceiro⁸⁷. Nesse sentido, a jurisprudência pátria: RESP nº 589.051/SP, STJ, 4ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, julg. Em 23.03.2004, pub. Em 13.09.2004, DJ, p. 258.

Assim, em algumas situações, o fato de terceiro ao causar a ruptura do nexo causal não possibilitando, portanto, que o agente seja imputado judicialmente, retirando deste a responsabilidade, abre a possibilidade que a vítima se volte diretamente em sua ação acusatória contra o terceiro.⁸⁸

É o que ocorre, por exemplo, na hipótese constante da Ap. 598.391.480 – Rel. Des. Sergio Pilla – TJRS – Ac. Unân.5º Câ. Cív. – j. 25.02. 1999 – COAD – v.3 – p.110.

No Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro também foi tratada como causa de excludente de responsabilidade para os casos de acidente de consumo causados por produtos ou serviços conforme descrito nos artigos 12 e 14:⁸⁹

“Art. 12 [...]

§3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

[...] III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

“Art. 14 [...]

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p.66.

⁸⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 124.

⁸⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 167.

⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 181.

1.5.3 Caso Fortuito e Força Maior

Em caso de dano sofrido pela vítima, ficando comprovado ter sido o evento causado em decorrência de caso fortuito ou de força maior ocorre quebra do nexo de causalidade entre a conduta do suposto agente e o prejuízo experimentado, excluindo, portanto, a responsabilidade civil. Nesta excludente, no entanto, deve ficar caracterizados imprevisibilidade ou inevitabilidade, e somente satisfeitas estas condições a culpa do agente estará afastada.⁹⁰

De acordo com o Código Civil de 2002, tem-se que: “Art 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado”.⁹¹

Enquanto que no parágrafo único do artigo supra transcrito o Legislador se preocupou em definir o caso fortuito ou força maior, sendo esta definição equivalente à dada no parágrafo único do artigo 1058 do Código revogado: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.⁹²

Fica, no caso fortuito e de força maior, excluído o nexo de causalidade tanto para fins de responsabilidade subjetiva e objetiva, mesmo nas relações em que o agente ofensor é o próprio Estado.⁹³

Quanto à distinção entre caso fortuito e força maior a doutrina se divide, existindo corrente que afirma se tratar de expressões equivalentes. Enquanto para outra corrente, o caso fortuito é aquele que decorre de um fato da natureza, enquanto a força maior ocorre por ação do homem, fato que as distingue.⁹⁴

A doutrina exige para que seja configurado caso fortuito ou força maior a presença de requisitos dentre os quais o fato deve ser necessário e não pode ser determinado por culpa por parte do agente (se verificada culpa não há caso fortuito

⁹⁰ KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. **Revista Direito Sanitário**. São Paulo, jul./out. 2013, v. 14, nº 2, p. 141. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/63998/66737>>. Acesso em jul 2014.

⁹¹ CURIA, Luiz Roberto e Col. **Vade Mercum Saraiva**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181.

⁹² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 85.

⁹³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 120.

⁹⁴ Ibidem, p. 121.

pois se excluem mutuamente), deve ser o fato superveniente e inevitável, deve ser o fato irresistível, fora do alcance dos recursos humanos.⁹⁵

Nestes casos mencionados se fará cessar a responsabilidade de indenizar por parte do agente tendo em vista serem excludentes de culpabilidade do agente, pois não se pode atribuir a ele dolo ou culpa nestas condições.^{96 97}

Convém ainda ressaltar que, para se falar em excludente de responsabilidade nesses casos, a imprevisibilidade e inevisibilidade são necessárias e devem ser provadas de forma inegável tendo em vista ainda existirem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como observadas decisões diametralmente opostas para casos bem semelhantes.⁹⁸

1.5.4 Cláusula de Não indenizar

A cláusula de não indenizar estabelece previamente entre as partes por meio de declaração de uma delas e concordância da outra, em contrato, que não haverá obrigação de indenizar por parte do agente ainda que resulte o dano de inexecução ou execução inadequada do contrato; conveniente ressaltar que sem a presença desta cláusula a obrigação de indenizar existiria.⁹⁹

É essencial que se faça a diferenciação entre a cláusula de não indenizar e a causa de irresponsabilidade, pois esta sempre advém da lei, como é o caso de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, previstos no artigo 188 do Código Civil¹⁰⁰, não tendo, portanto, as partes liberdade para estipular uma dessas causas, enquanto que em relação àquela, ao contrário, se faz

⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 58.

⁹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53.

⁹⁷ BRASIL. TJDF - APC 20030310046933 - 2ª T. Cív. - Rel. Des. J. J. Costa Carvalho - DJU 24.11.2005 - p.79.

⁹⁸ MELO, Nehemias Domingos de. Op.cit., p. 53.

⁹⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil - responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4, p. 179.

¹⁰⁰ BRASIL Código Civil de 2002. Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

necessário a estipulação em um contrato, dependendo, assim, da vontade das partes contratantes. Além disso, diante de uma dessas causas de irresponsabilidade, verifica-se que mesmo sendo configurada a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, fica excluída a responsabilidade, ficando a obrigação de indenizar exonerada, e a cláusula de indenizar, por sua vez, necessita que a responsabilidade do agente seja configurada, pois não exonera o dever de responder, mas sim o dever de indenizar, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato.¹⁰¹

A cláusula de não indenizar, quando presente em contrato, transfere o risco para a vítima. No entanto, caso tenha o agente atuado com dolo poderá ser considerada nula, dependendo ainda sua admissibilidade naqueles casos em que não ferir a ordem pública e os bons costumes.¹⁰²

Assim, não pode a cláusula de não indenizar mudar dispositivo legal, o qual deverá ser cumprido, pois somente a lei estabelece o fato lícito ou ilícito e suas conseqüências. É somente uma renúncia ao direito de reparação em caso de dano por uma das partes que renuncia, por sua vontade, à responsabilidade civil eventualmente devida pela outra.¹⁰³

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 591.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7, p. 103.

¹⁰³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.185.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Neste capítulo são abordados os aspectos gerais da responsabilidade civil médica, incluindo a sua definição, natureza jurídica, se responsabilidade contratual ou extracontratual, se subjetiva ou objetiva, e se responsabilidade médica é de meio ou de resultado, bem como em que situações se aplica cada uma delas. Sendo também analisadas as excludentes de responsabilidade médica e os deveres médicos.

2.1 Evolução Histórico

O Código de Hamurabi traz alguns dos registros mais antigos de regulamentação da atividade médica e datam dos séculos XVIII e XVII a.C., implementada durante a Primeira Dinastia da Babilônia por intermédio de seu sexto rei – Khamu Rabi “Hamurabi”. Neste momento têm início discussões relativas à prática médica e são previstas punições aos profissionais por situações resultantes da conduta profissional.¹⁰⁴

Composto por 282 artigos, o Código de Hamurabi trata de assuntos diversos e também contempla assuntos relativos à prática médica:¹⁰⁵

“Artigo 215 – Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez ciclos”.

“Artigo 218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, dever-se-lhe-á cortar as mãos”.

“Artigo 219 – Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo”.

Povos antigos (Visigodos e Astragodos) são mencionados por José de Aguiar Dias (na obra Da Responsabilidade Civil) por sua tradição de entregar à família do doente falecido o médico que o havia assistido, caso fosse considerado ter havido

¹⁰⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 550.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 185.

atitude imprópria por parte deste, e, assim, caberia à família do falecido o julgamento sobre a pena a ser aplicada.¹⁰⁶

Também datam da Antiguidade relatos dos povos egípcio, gregos, romanos, dentre outros que aplicavam punição ao médico em caso de insucesso de sua conduta, sendo o decepamento das mãos e a pena de morte comumente aplicadas. Caberia ao médico em caso de morte de um escravo que estivesse sob seus cuidados, pagar indenização. Tratando-se de um cidadão que morresse, a pena poderia ser paga com a própria vida do médico. Na idade média, a Rainha Astrogilda exigiu que o rei (seu marido) enterrasse juntamente com ela os dois médicos que a trataram, pois atribuía o insucesso do tratamento a eles.¹⁰⁷

Com o passar do tempo a punição não mais tem como alvo a integridade física do profissional e sim cabe a ele o dever de indenizar, por meio de bens materiais, à vítima ou a seus familiares por supostos erros na prática profissional.¹⁰⁸

2.2 Conceituação de Responsabilidade Civil Médica

O conceito de Responsabilidade civil médica está contido no conceito de responsabilidade civil geral, sendo desta um subtipo.¹⁰⁹

Juridicamente, ocorrendo prejuízo a uma das partes, a responsabilidade emerge como a obrigação de repará-lo, caso fique evidente culpa direta ou indireta por parte do agente no ato praticado. Por sua vez, ao conjunto de obrigações profissionais, às quais deve o médico cumprir, sob pena de sofrer as devidas sanções estipuladas na lei, dá-se o nome de responsabilidade profissional decorrente do exercício da medicina.¹¹⁰

Deste modo, responsabilidade civil médica é a obrigação que tem o profissional de saúde de reparar o dano causado ao paciente durante o exercício profissional.

¹⁰⁶ DIAS, José de Aguiar *apud* COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.28.

¹⁰⁷ COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. *Op.cit.*, p. 28.

¹⁰⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 05.

¹⁰⁹ COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. *Op.cit.*, p. 28.

¹¹⁰ FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 243.

2.3 Natureza Jurídica da Responsabilidade Médica – Objetiva ou Subjetiva

De acordo com o Código Civil de 1916, artigo 1545¹¹¹, e o Código Civil de 2002, artigo 951¹¹², os profissionais de saúde respondem, no exercício de sua profissão, segundo o princípio de responsabilidade subjetiva, assim, se faz necessária a comprovação de culpa para que ocorra o dever de indenizar¹¹³. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º¹¹⁴, também manteve a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais em caso de danos decorrentes do exercício de sua atividade profissional.¹¹⁵

Sendo assim, em casos de erro médico, verificado ter agido o profissional médico com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, pode ser configurado ato ilícito.¹¹⁶

Segundo Kfourir, o atual Código Civil brasileiro, a exemplo do código anterior revogado, manteve a Teoria Subjetiva para configuração de responsabilidade civil para os profissionais da saúde e, deste modo, a necessidade de se verificar culpa, bem como o ônus da prova por parte da vítima, que deve provar dolo ou culpa stricto sensu do agente para gerar responsabilidade jurídica e, conseqüentemente, obter reparação pelo dano.¹¹⁷

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor ao manter a mesma linha de pensamento em seu artigo 14 § 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, constituiu uma exceção à

¹¹¹ BRASIL. Código Civil de 1916. Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. (REVOGADO).

¹¹² BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

¹¹³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97.

¹¹⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 14 § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 145.

¹¹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 555.

¹¹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.71.

regra geral ínsita na lei consumerista.¹¹⁸

Assim a jurisprudência:

“Médico – A responsabilidade do profissional de medicina por eventual erro deve ser apurada mediante a verificação da culpa, consoante o artigo 14, §4º, do CDC. – Cumpre a autora demonstrar que o diagnóstico e o tratamento foram equivocados e que, dessa conduta, decorreu dano e culpa por parte do médico. – Não provado o dano e a culpa inviável reputar ao profissional o dever de indenizar. – Desprovimento do recurso”¹¹⁹

“Médico – A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, sobrevivendo o dever de indenizar, somente se comprovada a culpa do profissional, o que não ocorreu no caso dos autos.”¹²⁰

“Médico -O pedido indenizatório por responsabilidade civil decorrente de serviços médicos baseada em erro de diagnóstico ou de tratamento somente será aceito quando ficar evidentemente comprovado que o profissional da saúde laborou em equívoco, seja por imperícia ou negligência no atendimento; caso contrário, constatado que a intervenção médica, embora ostensivamente presente, não foi suficiente para conter o quadro patológico apresentado, não leva, por si só, à responsabilização”.¹²¹

Na área da saúde, no entanto, existem condições especiais onde a culpa é presumida. Sendo que tais situações são aquelas diretamente relacionada ao resultado proposto, que caso não obtido gera dever de indenizar. Incluso nestes casos especiais onde a obrigação é de resultado estão as cirurgias plásticas estéticas (cosmetológicas ou de embelezamento), os exames laboratoriais e check-up.^{122 123}

Não ocorre, entretanto, cerceamento quanto ao profissional médico em seu direito humano de eventualmente incorrer em erro, dada a falibilidade humana. Em alguns casos inclusive em que sejam cometidos erros diagnósticos, de tratamento

¹¹⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.64690 – Décima Nona Câmara Cível; Relª Desª Vera Maria Soares Van Hombeeck – j. 13.02.2007.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Paraná. AC0338396-8 – Maringá -10ªC. Cív. – Rel. Des. Luiz Lopes – j. 09.11.2006.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2011.049775-7 – 3ªCDCív. – Rel. Des. Fernando Crioni – Dje 29.08.2011.

¹²² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

¹²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC1.0024.04.339823 – 9/0021 – Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j. 12.09.2007 – DJEMG 22.09.2007; STJ – Resp 985.888 – (2007/0088776-1) – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Dje 13.03.2012 – p.582.

ou indicações terapêuticas nem sempre estará originada situação que gera responsabilidade. Os casos, entretanto, em que o erro decorre de culpa, falta de preparo teórico, pressa na execução da tarefa, não solicitação de exames necessários, despreparo técnico, dentre outros fatores, são situações onde não se admite o erro médico sem que gere responsabilidade.¹²⁴

Deste modo, se verifica escusável o erro médico que decorre de lacunas existentes no conhecimento científico atual, onde embora a conduta adotada possa levar a resultados de perigo ou dano ao paciente, não implicará em dever de indenizar. No entanto, deve o profissional, em todas as situações, agir com todo seu conhecimento e zelo, embasado em ditames atuais da ciência para que se considere que aquele erro seja intrínseco à profissão ou da natureza humana, não incorrendo em culpa por parte do médico.¹²⁵

Nos casos em que o erro médico encontra-se eivado por culpa, a conduta médica se mostra fora do padrão adequado, sem observação da técnica, e o modo errôneo no agir produz dano à saúde ou à vida do paciente. Fica, assim, caracterizado ter agido o profissional com imperícia, negligência ou imprudência durante a atividade profissional. Servirão como fatores a serem levados em consideração situações outras tais como as condições em que o atendimento foi prestado, a necessidade de agir, bem como os meios que foram empregados.¹²⁶

Relevante nestes casos diferenciar, para que sejam julgados de modo diverso, os casos de erro médico e outros em que ocorram imprevisibilidade ou cujo mau resultado seja devido fato incontornável.¹²⁷

Em casos que tenha origem o ato lesivo ao paciente, atingindo este a sua integridade física ou psíquica, de ato médico ou em sua consequência, e seja esta lesão devido caso fortuito ou força maior – incapaz, portanto, de ser previsto ou evitado pelo autor ou por outro qualquer que naquela condição estivesse, fica caracterizado o acidente imprevisível. Já para casos em que ocorra evolução natural de um quadro grave e inexorável, para o qual se esgotam os recursos da ciência e

¹²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 321.

¹²⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102-103.

¹²⁶ FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 253.

¹²⁷ Ibidem, p. 253.

da capacidade profissional e, deste modo, não se possa oferecer condições de cura para o paciente, configura-se o resultado incontrollável. Devido a isto, exige-se dos profissionais da medicina a utilização dos meios mais adequados na busca de um resultado mais favorável o qual nem sempre é possível de ser alcançado.¹²⁸

Há que se destacar, contudo, que a apuração da responsabilidade civil a partir da demonstração de comportamento culposo tem como destinatário o médico profissional liberal. – Daí porque as pessoas jurídicas constituídas por médicos e que prestam serviços na área submetem-se inteiramente às regras protecionistas do Código de Defesa do Consumidor.¹²⁹

Assim, apresenta o Código de Defesa do Consumidor, em seu conjunto de normas, quando se trata do assunto responsabilização objetiva para acidentes de consumo, tratamento diferenciado no caso de serviços prestados por profissionais liberais. Entenda-se profissional liberal aquele que atua como prestador de serviço de modo individual e que se utiliza de seu conhecimento com ferramenta para atendimento ao consumidor. Entretanto, pessoas jurídicas para os quais estes profissionais trabalhem ou integrem quadro de pessoal têm tratamento comum dispensado aos demais prestadores de serviços, ou seja, se submetem ao princípio da responsabilização objetiva.¹³⁰

Na aplicação prática da norma, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de diversos acórdãos, tem mostrado este entendimento acerca do assunto, é o que se verifica com o acórdão abaixo:

“CIVIL, INDENIZAÇÃO, MORTE, CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL, RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos artigos 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos artigos 186 e 951 do novo Código Civil, bem como a súmula 341 – STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do

¹²⁸ FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 253.

¹²⁹ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 229.

¹³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 181.

empregado ou preposto.).

1- Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

2- O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente ditto, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

3- Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido".¹³¹

Ocorre divergência, entretanto, quanto à adoção da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor, em caso de danos praticados por profissionais liberais, sendo que alguns autores defendem que o artigo 14, §4º a despeito de ter adotado tratamento diverso para os profissionais liberais com responsabilidade subjetiva, não faz qualquer referência quanto ao fato de aplicar ou não o princípio de inversão do ônus da prova.¹³²

Logo, para alguns doutrinadores, não se pode confundir responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova, pois em casos nos quais a inversão do ônus da prova venha tornar mais claro o entendimento dos fatos, bem como facilitar a defesa do consumidor, cabe ao Juiz, de acordo com seu critério e caso julgue necessário, inverter o ônus da prova ainda que se trate de responsabilidade subjetiva, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor¹³³. Entretanto, João Batista Lopes alerta que tal decisão não pode ser tomada sem obedecer a princípios gerais que devem ser adotados pelo julgador tais como razoabilidade, bom senso e regras de experiência.¹³⁴

¹³¹ BRASIL. STJ. RESP nº 258.389/SP, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 16/06/2005, T4 - Quarta Turma.

¹³² NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 407.

¹³³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

¹³⁴ LOPES, João Batista *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

Zelmo Denari comenta a aplicação deste princípio de inversão do encargo probatório aos profissionais liberais afirmando que:

“Se o dispositivo (artigo 14, §4º) afastou, na espécie, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade”.¹³⁵

Porém, as conclusões acima expostas passam ao largo da adesão de vários outros doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves e Miguel Kfouri Neto para os quais o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 12, §4º, ao adotar responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais tem como função proteger aquela atividade. Ao ser admitida a inversão do ônus da prova adotam-se princípios de responsabilidade objetiva para estes profissionais (mais especificamente o médico) e, deste modo, para se eximir de responsabilidade deverá provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra que não tenha contribuído de nenhum modo, para eliminação do nexo causal. Na prática se apresenta como responsabilidade subjetiva prevista em lei, sendo julgada do mesmo modo da responsabilidade objetiva.¹³⁶

Analisando a questão, com clareza, expõe Miguel Kfouri Neto:

“Revela-se palmar equívoco, em demandas indenizatórias ajuizadas em face dos médicos, autorizar a inversão do ônus da prova, o que se faz, de costume, com respaldo no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Primeiro, porque – como se procura demonstrar- é vedada por lei tal inversão, relativamente aos profissionais liberais; Segundo, porque a responsabilidade médica encontra-se disciplinada, sem tergiversações, no artigo 945 Código Civil brasileiro (artigo 1545 do Código Civil de 1916- revogado), que condiciona a reparação dos danos ligados às atividades profissionais nele mencionadas à verificação da ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência.

Mas em se tratando das chamadas obrigações de resultado, no âmbito das quais doutrina e jurisprudência, admitem a inversão da carga probatória, milita em desfavor do profissional liberal presunção de culpa, pelo atingimento do resultado prometido – e esperado. Caberá ao médico, em tal situação, desfazer essa presunção e demonstrar, às claras, ter havido culpa exclusiva da vítima ou caso

¹³⁵ DENARI, Zelmo *apud* NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 407.

¹³⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

fortuito”.¹³⁷

Como observou Ruy Stoco,

“o que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano para que possa haver direito à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso saber-se se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meios ou, ao contrário, de resultado, pois neste último caso (e somente neste, cabe acrescentar) haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda”.¹³⁸

Como o médico responde pelos seus atos subjetivamente, há a necessidade de se provar que o profissional agiu com culpa *stricto sensu*, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia, ou dolo no suposto evento danoso.¹³⁹

Age com negligência o médico que não observa os deveres exigidos em determinadas circunstâncias¹⁴⁰. Quanto à negligência médica, tem-se como exemplos práticos os casos em que o doente é abandonado, ou nos casos de omissão no tratamento, e mesmo em casos nos quais objetos são esquecidos, durante procedimento cirúrgico, no corpo do paciente operado.¹⁴¹

O médico é imprudente quando atua sem a necessária cautela, quando age de modo incauto, intempestivo, precipitado, sem considerar fatores de risco que o caso exige¹⁴². Como imprudência médica, é clássico o exemplo do cirurgião que durante procedimento faz opção por procedimento de maior complexidade quando se faz possível intervir por meio mais simples e comprovadamente eficaz – por vezes, o faz inclusive com finalidade exibicionista de seu saber e técnica, podendo resultar em dano ou morte ao paciente.¹⁴³

Age com imperícia o médico que realiza uma determinada conduta técnica

¹³⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

¹³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.556.

¹³⁹ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 178.

¹⁴⁰ URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 199.

¹⁴¹ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 133.

¹⁴² URBAN, Cícero de Andrade. Op.cit., p. 199.

¹⁴³ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista, Op.cit., p. 133.

sem aptidão, prática ou teórica, ou seja, sem habilitação para exercer aquele ato¹⁴⁴. Um exemplo de imperícia ocorre nos casos em que durante um procedimento de dissecação venosa, o médico lesa a artéria do plexo braquial do paciente levando a um evento de hemorragia de difícil controle – a tentativa de realizar hemostasia resulta em isquemia da área irrigada pelo referido vaso e consequente necrose do membro superior que teve que sofrer amputação.

2.4 Atividade Médica Como Obrigação contratual e Obrigação extracontratual

Conveniente lembrar que a responsabilidade tem origem a partir de um dever jurídico não obedecido e este, por sua vez, pode estar listado em lei geral ou em contrato que expresse a vontade entre as partes, configurando relação privada entre eles. Estando o dever jurídico expresso em lei ou preceito geral do direito, caso seja este dever violado, tem origem o tipo de responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Por outro lado, em se tratando de dever jurídico que resulte de contrato realizado entre as partes, ou seja, se advém da realização prévia de um negócio jurídico, e caso ocorra inobservância do acordado, tem origem a responsabilidade do tipo contratual ou ilícito contratual.¹⁴⁵

Aplicada à prática médica, são situações onde se prevê responsabilidade extracontratual os atendimentos de emergência em virtude do dever do médico em prestar assistência, ou em casos em que o profissional encontre-se na condição de servidor público, ou mesmo se presta assistência a empregados de empresa tendo sido contratado por esta. O que se observa, nestes casos, é o fato de não haver contrato médico-paciente, e sim entre a instituição ou a empresa prestadora de serviço e o profissional.¹⁴⁶

Na relação médico-paciente já se faz consenso, após inúmeras discussões, se tratar de contrato entre o cliente (paciente) e o profissional (médico). Visto deste modo, trata-se de contrato *sui generis* onde o profissional da medicina se obriga prestar serviço de acordo com os melhores preceitos técnicos e científicos em pro do restabelecimento da saúde do paciente, o que caracteriza típica relação cuja

¹⁴⁴ URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 199.

¹⁴⁵ COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 07.

¹⁴⁶ URBAN, Cícero de Andrade. Op.cit., p. 201.

obrigação é de meio.¹⁴⁷

Quando se trata, portanto, de atuação profissional ou exercício do ofício, observa-se que, em condições normais, ocorre a interação entre médico e paciente para a realização de um negócio jurídico, estando o profissional obrigado a realizar determinada atividade prevista neste pacto, o que configura nestes casos, via de regra, responsabilidade civil contratual.¹⁴⁸

Maria Helena Diniz observa que o dano causado durante o exercício de atividade profissional, via de regra, está previsto em responsabilidade do tipo contratual e que as situações onde pode ser verificada responsabilidade extracontratual são vistas como exceção.

“Não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses em que coincidem as duas responsabilidades – a contratual e a extracontratual -, e o profissional deverá observar as normas reguladoras de seu ofício, umas vezes por força de contrato e outras, em virtude de lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo negocial, decorre daí que, se há vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso, na órbita da responsabilidade contratual e não na delitual, ante a preponderância do elemento contratual. Todavia, em algumas hipóteses poder-se-á ter duas zonas independentes: a da responsabilidade contratual e a da responsabilidade delitual. P. ex.: se em relação ao serviço do médico, se cogitar da extensão do tratamento e de sua remuneração, do descumprimento desses deveres resultará uma responsabilidade contratual. Se um médico fez uma operação altamente perigosa e não consentida, sem observar as normas regulamentares de sua profissão, o caso será de responsabilidade extracontratual, visto que não houve inadimplemento contratual, mas violação a um dever legal, sancionado pela lei”¹⁴⁹

Entretanto, para a profissão médica, de modo diverso do que se considera para outros profissionais prestadores de serviços, o fato de ser considerada a relação entre as partes como contrato implícito e, portanto, haver em caso de dano responsabilidade contratual, não permite deduzir, diferentemente da aparência, que

¹⁴⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

¹⁴⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 258-259.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7, p. 243.

haverá presunção de culpa.¹⁵⁰

Explica Rui Stoco que:

“A responsabilidade contratual do médico pode ser presumida ou não. Não há obrigatoriedade de presumir-se a culpa só por estarmos diante de um contrato. O parâmetro deve ser o tipo de obrigação assumida pelo facultativo com seu cliente. Se este se propôs a alcançar um determinado resultado, como na cirurgia estética, é presumido culpado caso não o atinja. Cabe a este profissional demonstrar a sua não culpa ou ocorrência de caso fortuito ou força maior. O cliente (credor) só deve demonstrar o inadimplemento, isto é, que o resultado não foi alcançado. Ao contrário, se o médico somente se compromete a se esforçar para conseguir a cura, cabe à vítima do dano provar a sua culpa ou dolo. É o cliente ou a sua família que tem de demonstrar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia para que possa receber a indenização”.¹⁵¹

Logo, a não obtenção de resultado ou cura por parte do paciente, não permite dedução direta que o profissional médico tenha agido com culpa, o que, por sua vez, limita para o paciente, caso sofra dano, a vantagem de responsabilidade contratual. A responsabilidade assumida por estes profissionais, destarte, é de meio não de resultado, sendo a obrigação devida de cuidados que atendam ao melhor disponível no atual estágio da ciência que pratica, resguardados seus limites, o que não permite objetivar em diversas situações obrigatoriedade de cura como resultado, exceto em situações excepcionais.¹⁵²

A jurisprudência tem exigido com rigor que se prove a atuação culposa do profissional devendo esta, ser apresentada pelo prejudicado, obedecendo ao artigo 951 do Código Civil¹⁵³. Na mesma linha de pensamento, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º¹⁵⁴, prevê que nos casos de dano ao paciente causado por profissionais liberais a responsabilidade deverá ser apurada verificando se durante o ato profissional agiu com negligência, imperícia, imprudência, ou seja,

¹⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331.

¹⁵¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 557.

¹⁵² DIAS, Aguiar *apud* RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 322.

¹⁵³ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

¹⁵⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art.14, § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

mediante verificação de culpa.¹⁵⁵

Assim a jurisprudência:

“Médico – Se ausente a prova de conduta culposa dos médicos ao afetuar diagnóstico que veio a ser ilidido posteriormente, não há obrigação de reparar o dano alegado, seja por força do §4º do art. 14 do CDC (no que respeita aos profissionais de saúde), seja por força da natureza do contrato de serviço médico, que, salvo exceções pontuais estabelece uma obrigação apenas de meios”.¹⁵⁶

O fato do contrato médico ser de prestação de serviços, não faz com que ele seja considerado como as demais relações desta natureza. Representa, portanto, uma atividade humana particular que não pode ser confundida com as demais em relação ao seu objetivo: não há o dever de curar o paciente. Existem, portanto, fatores que diferenciam a culpa dos médicos daquela exigida para responsabilizar pessoas que exercem outras profissões. Exige-se do médico durante sua atividade o dever geral de cautela e conhecimento técnico para que seja prestado um bom atendimento.¹⁵⁷

Ademais, quanto à cura, se colocada como objeto do contrato de prestação de serviço médico, não se faz possível que seja creditada e, nem mesmo é de responsabilidade exclusiva do médico, tendo o paciente, nestes casos, papel fundamental direto ou indireto. Não se faz suficiente para obter a cura que o médico atue com total zelo e competência, nos casos em que se depare com paciente profundamente debilitado, com informes pouco fidedignos, ou mesmo que evite o tratamento proposto sem o zelo de seguir corretamente as orientações contidas na prescrição etc. O que, portanto, se objetiva do ponto de vista contratual para o profissional é que sejam adotadas todas as medidas, dentro das limitações humanas e científicas, para que o paciente se cure. Mediante zelo e esforço terá oferecido sua parte devida no contrato – caso o paciente não se cure, tendo sido os meios empregados, não se pode falar em inadimplemento ou responsabilidade médica.¹⁵⁸

¹⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol.4, p. 263.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

¹⁵⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

2.5 Atividade Médica Como Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado

A distinção de obrigação de meio e de resultado, para René Demogue (idealizador da teoria de resultado), se verifica em relação à parte para a qual cabe o ônus da prova¹⁵⁹. Pois caso ocorra o dano, em se observando obrigação de resultado, ocorre o que se convencionou chamar de “*culpa presumida*” e, nestes casos, o profissional deve demonstrar não terem os danos alegados sido decorrentes de sua prática – o que se configura inversão do ônus da prova. Tal procedimento, entretanto, independe da hipossuficiência por parte do paciente ou mesmo pelo fato de usar argumentação que pareça verdadeira.¹⁶⁰

A inversão do ônus da prova poderá ser determinada pelo juiz, quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, de acordo com o expresso no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90, artigo 6º, inciso VIII¹⁶¹). Porém, tal fato tem importância prática naquelas situações onde a obrigação for de meio, tendo em vista que nas obrigações de resultado, a inversão do ônus da prova, faz parte da natureza do próprio contrato.¹⁶²

Na maioria dos casos de responsabilidade médica, e, portanto, responsabilidade de meio, cabe o ônus da prova ao autor da ação que deve provar ter o médico agido de forma culposa, pois conforme o artigo 333 do Código de Processo Civil¹⁶³, o ônus da prova é de quem alega. Quando ocorre a inversão do ônus da prova, nos casos de obrigação de resultado, cabe ao profissional prestador do serviço provar não ter agido com culpa ou mesmo que o resultado adverso ocorreu por motivos diversos daqueles relativos a sua atuação, por força de uma causa excludente da responsabilidade, como, por exemplo, força maior ou culpa

¹⁵⁹ DEMOGUE, René, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 480.

¹⁶⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 410.

¹⁶¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º do CDC. São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

¹⁶² MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73.

¹⁶³ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

exclusiva da vítima.¹⁶⁴

Demogue distingue essas obrigações nos seguintes termos:

“Há obrigação de meios, quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços de médicos, advogados, publicitários etc., onde é a própria atividade do devedor que está sendo objeto de contrato. Esta atividade tem de ser desempenhada da melhor maneira possível, com a diligência necessária para o melhor resultado, embora esta não seja a meta opta nem o objeto da avença.

Na obrigação de resultado o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. O resultado é, portanto, o objetivo do contrato. Ou consegue o resultado avençado, ou deve arcar com as consequências. Em síntese, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”.¹⁶⁵

Assim, o objeto do contrato na atuação profissional médica é o empenho profissional que se evidencia nos meios ou diligências por ele empregados para atingir o resultado favorável. Entretanto, não há compromisso com o resultado. Utilizando o médico os recursos que estejam ao seu alcance, somente poderá ser considerado culpado caso tenha agido com imprudência, imperícia, negligência, ou seja, com culpa. Em se tratando de caso cujo desfecho não favorável se mostra inexorável a despeito do correto agir do profissional, a punição seria, caso usada em favor de uma obrigação de resultados, não somente absurda como injusta.¹⁶⁶

Nas situações nas quais ocorram resultados desfavoráveis, caso o objetivo seja provar ter o médico cometido erro, devem ser considerados fatores outros tais como nexos causal, tamanho do dano consequente ao ato, previsibilidade da situação na qual ocorreu o dano, bem como culpa nas espécies negligência e imprudência.¹⁶⁷

Existem, entretanto, situações nas quais os médicos, de modo diverso ao da regra geral, são cobrados por resultados obtidos, como nos casos de cirurgia

¹⁶⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 557.

¹⁶⁵ DEMOGUE, René, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 480-481.

¹⁶⁶ FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 267.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 267.

plástica com finalidade estética, onde a conduta do profissional, bem como seu intento, deverá ao seu término corresponder a um resultado prático evidente.¹⁶⁸

Outra situação de exceção está relacionada ao fato de que, conforme se tenha processado o pacto entre o paciente e o médico, uma obrigação de meios poderá ser convertida em uma de resultado. É o que ocorre, por exemplo, quando o paciente se submete a dado procedimento, exclusivamente visando um resultado que seria muito provável como de desfecho positivo. O acordo, neste caso, tem em grande parte como fator atrativo a própria garantia de sucesso que não se realiza.¹⁶⁹

Neste sentido a jurisprudência:

“Indenização. Cirurgia de laqueadura tubária. Insucesso. CDC. Ausência de informação. Obrigação de meio e de resultado. – Embora possa ser considerada obrigação de meio ou mesmo de resultado, em caso de cirurgia de laqueadura tubária, a responsabilidade pelo insucesso deve ser apurada mediante culpa, podendo essa ser caracterizada pela ausência de informação de percentual mínimo de insucesso. – A ausência de informação dos riscos e de consentimento do paciente atribui o dever de indenizar ao facultativo. Sendo de fim o contrato para prestação de serviço médico – cirurgia de ligadura de trompas – para efeito de esterilização, e, não havendo prova de que o médico sequer alertara a paciente para o possível insucesso da cirurgia, ainda que em percentual mínimo, a obrigação de indenizar a paciente pelo médico é mero corolário jurídico”.¹⁷⁰

A responsabilidade contratual do médico pode depender, portanto, da análise de cada situação específica, havendo casos em que se verifica obrigação contratual de resultado, como na cirurgia plástica estética, tendo em vista ter o resultado sido prometido e, certamente, servido de atrativo para o paciente se submeter ao procedimento. Sendo assim, o profissional que executa o procedimento assume essa obrigação de resultado. Por outro lado, em casos em que o paciente doente não obtém cura mediante tratamento proposto, não se pode exigir do médico responsabilidade contratual de resultado e sim de meio, tendo em vista a falibilidade da própria ciência que a despeito de sua busca constante por inovação e evolução

¹⁶⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 264.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 265-266.

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 0338950-2, órgão julgador: sexta câmara cível, data do julgamento: 11-4-2002, Rel. Juiz Belizário de Lacerda.

não encontrou ainda cura para todos os males.¹⁷¹

Independentemente da obrigação ser de meio ou de resultado e a responsabilidade civil ser aferida de modo subjetivo, não afasta a responsabilidade solidária dos agentes que estiverem ligados ao resultado danoso, do chefe da cirurgia até os simples auxiliares, bastando a comprovação de que contribuíram para o ocorrido de modo culposos.¹⁷²

Nestor José Forste retrata a questão de modo esclarecedor quando verifica que em algumas situações se exigida do médico obrigação de resultado haveria uma carga ao profissional comparada àquele que tem poderes sobre a vida e a morte, onipotência divina. Sabendo, entretanto, que o ser humano é mortal, prova que curar nem sempre é possível, não pode, portanto, a cura ser exigida de outro ser humano, e obviamente, inclusive do médico.¹⁷³

Por fim, dispensar o elemento culpa ao tratar do assunto responsabilidade civil do profissional liberal se verifica como interpretação contra *legem*, ainda que predomine o fundamento de natureza de resultado da obrigação. Tal entendimento, encontra-se previsto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, onde se exige, para reconhecimento de responsabilidade para profissionais liberais, demonstração de culpa que independe da natureza da obrigação ser de meios ou de resultado.¹⁷⁴

2.6 Dos Deveres do Médico

O dever de conduta do médico corresponde a um conjunto de deveres previstos normativamente, aos quais o profissional médico está sujeito, e, portanto, em caso de descumprimento poderá sofrer as devidas sanções estipuladas na lei. Assim, é fundamental que se aprecie os deveres de conduta do médico, ao se analisar, tanto no campo ético como no legal, a responsabilidade de um médico.

A mudança da relação médico paciente por imposição de planos de saúde,

¹⁷¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 557.

¹⁷² GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 266.

¹⁷³ FORSTE, Nestor José *apud* STOCO, Rui. Op.cit., p. 557.

¹⁷⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 350.

clínicas e hospitais particulares bem como sistema de atendimento público de saúde, onde os atendimentos seguem regras fixas quanto a horários e o tempo cada vez menor dispensado a cada paciente durante os atendimentos, vem levando a situações nas quais o profissional médico sequer conhece o paciente que atende pelo nome, sendo identificado por um número. O paciente se torna, portanto, consumidor, enquanto o médico, ao invés de figura conhecida e confiável, é visto como prestador de serviço, fato que reduz a confiança mútua que existia entre as partes.¹⁷⁵

Cabe, entretanto, ao profissional médico, independentemente de alterações profundas que ocorrem na relação médico paciente, agir com diligência e zelo durante sua atuação profissional, devendo seu comportamento ser sempre dentro de princípios da moral e da ética em obediência aos preceitos do Código de Ética Médica. Além disso, cabe ao médico atuar de acordo com as normas científicas atuais e utilizar condutas consagradas pela prática médica.¹⁷⁶

Maria Helena Diniz ressalta que, se faz necessário durante a prática médica o ajuste da conduta do médico ao que determinam as normas éticas e jurídicas, e a partir destes princípios ocorrem o norteamento das decisões quanto aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados e, por conseguinte, o prognóstico cabível. Princípios de benevolência e não-maleficência, respeito à autonomia do paciente, consentimento livre e esclarecido evidenciam por parte do profissional que adota tais práticas em relação ao seu paciente tratamento digno, com respeito a valores e crenças.¹⁷⁷

Na relação contratual existente entre médico e paciente, os deveres do médico apresentam-se em momentos distintos que se iniciam mesmo anteriormente ao início do tratamento, durante o período de duração deste e após o término do tratamento.¹⁷⁸

¹⁷⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 552.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 552.

¹⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 555.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Stênio Rolim de. A responsabilidade civil do médico, *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481>. Acesso em ago 2014.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 61, enumera deveres do médico em relação a sua conduta frente ao paciente tais como o dever de informar, obter consentimento, não abandonar o paciente sob seus cuidados (salvo em caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis), garantir continuidade do tratamento proposto; em caso de impedimento do profissional, deverá garantir sua substituição por profissional habilitado, não recusar atendimento a paciente que esteja necessitando de cuidados de urgência, caso não haja outro profissional em condições de fazê-lo.¹⁷⁹

É também dever do médico, prestar o melhor serviço possível aos pacientes sob seus cuidados, fato este que faz com que seja necessária contínua e permanente qualificação e atualização, para que esteja familiarizado com novas técnicas, medicamentos e equipamentos, e colocar todo este conjunto a disposição do paciente de modo conveniente de acordo com exigência imposta por situação específica. Tudo dentro do limite de manter o paciente sempre informado sobre os procedimentos a serem adotados, bem como sua finalidade e limitações a fim de obter dele consentimento esclarecido e informado.¹⁸⁰

Luzia Chaves Vieira, citada por Nehemias D. de Melo, enumera os seguintes deveres:

“(a) informar ao paciente / ou ao seu responsável qual o seu verdadeira estado de saúde e fazer o paciente entender porque os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu diagnóstico, acompanhamento e tratamento; (b) proceder uma propedêutica cuidadosa, apesar de toda tecnologia, lembrando que a clínica é soberana e que o paciente é humano e tem sentimentos; (c) respeitar a vontade do paciente; (d) atender ao doente ou familiar que deseja esclarecimentos em salas individuais, sem a presença de estranhos; (e) esclarecer objetivamente o quadro clínico para o próprio doente ou responsável. Permitir e até exigir que o doente tenha familiar para presenciar a conversa. Verificar se o paciente tem condições psicológicas para ouvir ou não a verdade sobre o seu estado de saúde; (f) informar ao paciente sobre intervenção cirurgica e quais são as suas possíveis sequelas e consequências; (g) orientar o paciente sobre o uso dos medicamentos e quais as reações que podem ocorrer com o uso deles, e orientar o procedimento no caso de qualquer reação; (h) não discutir por telefone os problemas dos

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Stênio Rolim de. A responsabilidade civil do médico, *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481>. Acesso em ago 2014.

¹⁸⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

pacientes, com familiares ou com quem quer seja: a conversa pode está sendo gravada e quebrar o sigilo médico; (i) não dar entrevista a jornais e televisão sobre o estado de saúde dos seus pacientes; (j) no caso de homem público, o hospital emitirá um boletim assinado pelo diretor clínico; (l) jamais quebrar o sigilo médico”.¹⁸¹

E, conforme Stênio Rolim de Oliveira, de todos os deveres médicos, estes têm o objetivo de assegurar ao paciente o correto acompanhamento de sua enfermidade por profissional capaz de a tempo, agir no intuito de restabelecer o perfeito estado clínico do paciente, e de garantir a manutenção da saúde ou até mesmo de uma morte digna.¹⁸²

2.7 Excludentes da Responsabilidade Médica

Para que seja verificada responsabilidade médica em determinada situação se faz necessário presença dos seguintes requisitos indispensáveis: o autor, o ato, a culpa, o dano e o nexo causal, sendo que o dano e o nexo causal são essencialmente da incumbência pericial.¹⁸³

Não se faz possível determinação de responsabilidade caso estejam em falta algum dos pressupostos mencionados, deste modo, caso fique provado não ter havido dano, culpa por parte do agente ou nexo causal não se configura responsabilidade.¹⁸⁴

Assim, para a determinação de responsabilidade é fundamental que o agente seja ao mesmo tempo causador ou se envolva na origem do evento danoso assim como tenha dado causa a ele. Em casos que não se verifiquem tais condições não haverá dever de reparação do dano ou de indenizar.¹⁸⁵

Situações em que se verifique culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e de força maior ocorre impedimento para fundamentação do nexo causal, e no jargão da doutrina, causa de seu rompimento, sendo, portanto, excludente de

¹⁸¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

¹⁸² OLIVEIRA, Stênio Rolim de. A responsabilidade civil do médico, *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481>. Acesso em ago 2014.

¹⁸³ FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 251.

¹⁸⁴ URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 202.

¹⁸⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 104.

responsabilidade para o médico.¹⁸⁶

2.7.1 A Culpa Exclusiva da Vítima

Configura a culpa exclusiva da vítima situação na qual o agente participa apenas como coadjuvante desempenhando papel somente de instrumento para a ocorrência do acidente originador do dano. Deste modo, a responsabilidade do agente desaparece por não haver possibilidade de se configurar a relação de nexo causal entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima (o qual a própria vítima deu causa).¹⁸⁷

A despeito de pouco ser mencionado, o paciente também tem deveres na relação que estabelece com o médico. Deixando ele de cumprir sua parte por meio de comportamento ou conduta impróprios, contrários à prescrição e orientação dadas pelo médico, poderá se caracterizar a culpa exclusiva do paciente. A importância jurídica é que, configurada esta conduta, pode até mesmo resultar em exclusão da responsabilidade civil do médico, em caso de danos sofridos pelo paciente.¹⁸⁸

Deste modo, havendo culpa exclusiva da vítima estará quebrado o nexo causal e, portanto, não haverá dever do agente de indenizar. Nos casos de culpa concorrente deve ser avaliada a participação do agente e da vítima para o desfecho danoso, sendo o dever de indenizar proporcional à participação do agente cabendo à vítima arcar com o prejuízo daquilo que resultou em dano mas que ela própria deu causa¹⁸⁹. De modo prático, o que foi descrito se traduz no fato do paciente ter que responder por parcela de dano pelo qual for responsável sendo assim menor a indenização devida pelo profissional da saúde caso o paciente tenha participado do conjunto de ações que resultaram no dano.¹⁹⁰

Havendo por parte do paciente comportamento sem o qual o evento danoso

¹⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 56.

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol.4, p. 469.

¹⁸⁸ KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico, **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, jul./out. 2013, v. 14, nº2, p.141. disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/63998/66737>>. Acesso em jul 2014.

¹⁸⁹ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 164.

¹⁹⁰ URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003, p. 203.

não teria ocorrido, tal comportamento caracteriza culpa exclusiva da vítima. Verifica-se quando o paciente realiza conduta que concorre para o agravamento do seu estado de saúde, não cumpre o que foi proposto pelo Médico nas prescrições e, deste modo, apresenta evolução desfavorável, divergente ao que seria esperado naquele caso, que se materializa pelo não restabelecimento da sua saúde ou até mesmo resultando em morte. Nesses casos, não se pode imputar ao Médico o desfecho desfavorável do quadro, pois a conduta do paciente se apresenta como fundamental para a ocorrência do dano. Deste modo, fica evidente a quebra do nexo de causalidade entre a conduta do profissional Médico e o dano sofrido, não havendo, assim, dever de indenizar.¹⁹¹

2.7.2 Fato de Terceiro

Conforme Antolisci, citado por Miguel Kfouri Neto:

“Como não se pode fazer com que um homem responda por um delito sem que tenha ele praticado a ação, assim também não se pode considerá-lo responsável pelo resultado, se este não derivou de sua ação. O evento, ao lado da ação, deve ser obra do agente”.¹⁹²

Quando um estranho à relação médico-paciente dá causa ao evento danoso, identifica-se o fato de terceiro. Porém, deve-se entender por “terceiro”, aquela pessoa que não mantém vínculo com o profissional médico, não estando este, portanto, obrigado a indenizar danos decorrentes de sua conduta. Assim, quando o dano decorrer de atos praticados por prepostos, empregados, assistente, dentre outros, o médico não poderá se eximir da obrigação de indenizar utilizando-se desta excludente, porém, terá o direito de regresso para ter o ressarcimento do valor pago.¹⁹³

Caso seja verificado fato de terceiro relacionado à ocorrência do dano, para que tenha efeito excludente da responsabilidade civil se faz necessário que se prove ser de natureza imprevisível e inevitável. Se verificado que o médico tinha condições de prever ou evitar o resultado adverso, e não o faça, fica configurada sua

¹⁹¹ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

¹⁹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132.

¹⁹³ KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, jul./out. 2013, v. 14, nº2, p.141. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/63998/66737>>. Acesso em jul 2014.

responsabilidade.¹⁹⁴

2.7.3 Caso Fortuito e Força Maior

Como elementos de exclusão de responsabilidade, o caso fortuito e de força maior podem se apresentar ao quebrar a ligação entre a atividade praticada pelo profissional e o evento lesivo. Entretanto, somente se faz possível se apresentar-se como inevitável e irresistível ao esforço humano, deste modo, fazendo com que cesse o dever de indenizar por exclusão da responsabilidade do agente ao qual não se pode atribuir dolo ou culpa frente ao resultado adverso, pois excluem a culpabilidade do profissional.¹⁹⁵

No caso fortuito, seja ele de causa interna ou externa, ocorre exclusão da responsabilidade civil do médico, mantendo os requisitos de que deve se tratar de fato imprevisível e inevitável. Assim, um médico ao sofrer de mal súbito durante um procedimento não responderá por danos eventualmente causados ao paciente, a menos que saiba ser portador de condição que pudesse levar àquele resultado não tendo tomado medidas para evita-lo, deste modo, sua responsabilidade dificilmente será excluída.¹⁹⁶

2.7.4 Iatrogenia

Conforme Adolfo Hoirisch, o vocábulo iatrogenia caracteriza um estado, ou "prejuízo provocado por ato médico a pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados"¹⁹⁷. Definida, ainda, por Jatene como: "Lesão previsível, porém inesperada", é também identificada como "dano necessário e esperado do atuar médico".¹⁹⁸

¹⁹⁴ KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico, **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, jul./out. 2013, v. 14, nº2, p.141. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/63998/66737>>. Acesso em jul 2014.

¹⁹⁵ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52-53.

¹⁹⁶ KALLAS FILHO, Elias. Op.cit., p. 141.

¹⁹⁷ HOIRISCH, Adolfo *apud* LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico - aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 167.

¹⁹⁸ JATENE, Paulo Roberto de Souza *apud* LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. Op.cit., p. 168.

O dano causado no caso de iatrogenia ocorre não pela má condução profissional e sim por ser o conhecimento científico ainda imperfeito não dando solução para muitos males. Tal situação, se enquadra na chamada falibilidade médica e se apresenta escusável, por se mostrar diferente daquela em que o profissional age com imprudência, imperícia ou negligência devendo nestes casos reparar os danos.¹⁹⁹

Na lesão iatrogênica *stricto sensu*, além da intenção do profissional ser de benefício para o paciente, todo o procedimento obedece normas e princípios ditados pela ciência e portanto ocorre dano ainda que tenha sido a atuação do profissional correta. Em todo ato médico, por mais simples que seja, existe um risco potencial de provocar dano ao paciente desde lesão leve e transitória até o óbito. Entretanto, ainda que seja sabido que o dano causado por um procedimento é inevitável e que poderá resultar em sequelas, muitas vezes se faz impossível evitá-lo tendo em vista não existir outro tratamento possível de ser aplicado ao caso.²⁰⁰

Deste modo, sendo verificado ter ocorrido lesão iatrogênica ocorre quebra do nexo de causalidades entre a conduta do médico ou serviço prestado pelo estabelecimento de saúde e o dano experimentado pelo paciente.²⁰¹

¹⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 338.

²⁰⁰ COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 48.

²⁰¹ Ibidem, p. 50.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente a responsabilidade civil da Administração Pública não existia. Com a evolução das relações entre o Estado e seus integrantes, a irresponsabilidade do Estado passou para a responsabilidade civilista e, posteriormente, para a responsabilidade pública, sendo atualmente aceita a responsabilidade sem culpa.²⁰²

3.1 Evolução Histórica

Atualmente, para exercer sua função, o Estado deve adotar mecanismo comum de não infringir a lei, ou seja, não lesar bem sob proteção legal. Tal fato gera maior segurança da ordem jurídica fazendo parte do conceito do próprio Estado de Direito.²⁰³

A obrigação do Estado de indenizar, decorre do fato do não cumprimento do seu dever de agir dentro de limites estabelecidos em lei, sendo, portanto, obrigado a indenizar caso ocorra prejuízo a terceiros de acordo com previsão constitucional nos termos dos artigos 5º, LXXV e 37, §6º da Constituição Federal de 1988.²⁰⁴

“Art.5º, LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

“Art.37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A responsabilidade civil do Estado, para a maioria dos casos, é entendida como extracontratual e tem seu fundamento na Constituição. Sua aplicação se dá nas mais diversas formas de atuação do Estado por meio da Administração Pública, Poderes Judiciário e Legislativo. A responsabilidade contratual, por sua vez, tem como norma a legislação ordinária, dentre as quais a Lei nº 8666, de 21-06-1993 e

²⁰² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 994.

²⁰³ CARDOSO, Hélio Apoliano. **Responsabilidade civil**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: ME, 2004, p.118.

²⁰⁴ Ibidem, p. 118.

outras, se aplica nas situações em que são firmados contratos entre pessoas (física ou jurídica) e o Estado.²⁰⁵

Tendo em vista este trabalho estar voltado para a obrigação do Estado na reparação de danos causados a terceiros devido comportamento omissivo ou comissivo, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, de agentes a serviço do Estado (no caso particular médicos), segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro se configura a responsabilidade extracontratual, que será o objeto de análise.²⁰⁶

Foi mencionado previamente que, o tema responsabilidade civil do Estado tem sido abordado de modo diverso ao longo do tempo e em diferentes lugares, tendo sido neste contexto elaboradas inúmeras teorias e não existindo, dentro de um mesmo conjunto de normas jurídicas, regime com abrangência de todas as hipóteses. As particularidades são evidentes, prevalecendo princípios do direito privado na norma anglo-saxã, enquanto na europa continental é adotado o regime publicístico. Por muito tempo foi adotada a regra da irresponsabilidade, sendo posteriormente a responsabilidade subjetiva associada ao elemento de culpa (que ainda hoje é aceita em diversas hipóteses). A evolução das normas para a teoria da responsabilidade objetiva se faz aplicável com requisitos variáveis em cada sistema jurídico, em conformidade particular com o direito positivo local em questão.²⁰⁷

3.1.1 Teoria da Irresponsabilidade do Estado

Com base na teoria do direito divino associado ao Poder, por longo período histórico foi recusada a possibilidade de responsabilizar o Estado que era personificado pela figura do Rei. Resume este pensamento, que se traduziu em prática jurídica, o ditado inglês “*The king can do no wrong*” (“O Rei nada faz de errado”).²⁰⁸

Posteriormente, com a concepção do Estado moderno, não se poderia admitir que o Estado absolutista pudesse reparar danos eventuais causados pela Administração, em consequência de não ser aceita contraposição de direitos

²⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 393.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed, São Paulo: Atlas, 2012, p. 698.

²⁰⁷ Ibidem, p. 698.

²⁰⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 236.

subjetivos frente ao Estado, considerado naquele contexto histórico, soberano e absoluto.²⁰⁹

A Teoria da irresponsabilidade admite que possuindo o Estado poderes e autoridade frente aos súditos, e tendo este a tutela do direito, não poderia agir contra seus próprios interesses. Havia conforme este entendimento, desrespeito à soberania do Estado, caso este fosse judicialmente responsabilizado e consequentemente, colocado no mesmo nível do súdito.²¹⁰

O Estado considerado infalível se apresenta como a expressão da lei, não sendo admitido, que fosse o violador da norma a qual cabia o dever de preservar.²¹¹

O Poder do Estado, entendido como Poder Soberano, com função de criar e aplicar normas do Direito, na prática conferia a si próprio tratamento de irresponsabilidade absoluta ao não se subordinar à ordem jurídica estabelecida, pensamento jurídico dominante anterior à concepção do Estado de Direito.²¹²

O término do período absolutista, com o surgimento e propagação de ideais do liberalismo, foi gradativamente tirando do Estado a total imunidade às leis, que até então se apresentava.²¹³

Nos dias atuais pode ser considerado que a doutrina da "irresponsabilidade do Estado" (*Sovereign can do no wrong*) se encontra completamente superada, tendo em vista que os dois únicos países que ainda a aceitavam, Inglaterra e Estados Unidos da América, atualmente admitem demandas indenizatórias dirigidas de forma direta contra a Administração, em caso de danos causados por agentes públicos no exercício de sua atividade.²¹⁴

²⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 236.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 699.

²¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op.cit., p. 236.

²¹² NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 11.

²¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op.cit., p. 236.

²¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 994.

3.1.2 Teoria (civilista) da Responsabilidade por atos de gestão

Durante o século XIX, a irresponsabilidade do Estado gradualmente perde força sendo, em seguida, abandonada.²¹⁵

Gradualmente ocorre a adoção da teoria civilista da culpa, na qual a responsabilidade do Estado é admitida em conformidade com os princípios do Direito Civil aplicado à época, e, portanto, que se caracterize culpa para que seja configurada responsabilidade.²¹⁶

Apresenta a teoria civista, divisão dos atos praticados pelo Estado em atos de império e atos de gestão.²¹⁷

Nos atos de império, o Estado se utiliza de sua soberania e supremacia sobre o direito do particular²¹⁸. Tais atos praticados pela Administração possuem autoridade e imposição unilateral sendo coercitivos perante o particular, não dependendo de autorização judicial, regidos por direito especial acima do direito comum – não podendo ser praticados por particulares.²¹⁹

Nos atos de gestão o Estado não se utiliza de supremacia em relação ao particular, sendo estes atos aplicados nos casos de conservação e desenvolvimento do patrimônio público e gestão de serviços; obedeciam ao direito comum, igualando Administração e particular, submetidos neste caso, às mesmas regras.²²⁰

Portanto, poderia o Estado responder por atos de gestão que seriam aqueles praticados pelo próprio estado; entretanto, os atos de império, praticados pelo Rei, não estariam submetidos às normas do direito, tendo em vista o fato da figura régia não ser passível de cometer erros, fato este que serve de abrandamento em relação

²¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 394.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.699.

²¹⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 20.

²¹⁸ Ibidem, p. 20.

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 699.

²²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. Op.cit., p. 395.

ao regime jurídico anterior, mas mantém a irresponsabilidade em relação aos atos praticados pelo Rei.²²¹

A dificuldade em diferenciar atos de império e atos de gestão, também em virtude do fato de ser o Estado único, levou ao rápido abandono desta tese.²²²

Deste modo, apesar de marcar o momento em que o Estado deixa a condição de total irresponsabilidade para se tornar também cumpridor de normas legais, a teoria civilista foi abandonada por não possuir fundamentos suficientes para sua sustentação.²²³

Assim, conforme Washington de B. Monteiro, citado por Yussef S. Cahali,

“Só se pode tachar de arbitrária a distinção entre o ato praticado *Jure imperii* ou *Jure gestionis*. Realizando um ou outro, o Estado é sempre o Estado. Mesmo quando pratica simples ato de gestão o Poder Público age não como mero particular, mas para a consecução de seus fins. Logo, não se pode dizer que o Estado é responsável quando pratica atos de gestão e não o é, quando realiza atos de império. Negar indenização neste caso é subtrair-se o Poder Público à sua função específica, qual seja, a tutela dos direitos”.²²⁴

A jurisprudência tem remarcado que,

“Independentemente da consideração de se tratar de ato praticado *Jure imperii* ou *Jure gestionis* e sem se cuidar, outrossim, se houve culpa do preposto, desde que o ato administrativo acarretou prejuízo a terceiros, sem que estes tenham concorrido para ele, impõe-se a sua responsabilidade”.²²⁵

3.1.3 Teoria da Culpa Civil (Teoria da responsabilidade subjetiva)

A Teoria Civilista ou por atos de gestão, passou a sofrer forte oposição, por não apresentar elementos suficientes para suprir o fato de ser impossível dividir a

²²¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 20-21.

²²² SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 984.

²²³ CAHALI, Yussef Said. Op.cit., p. 20.

²²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 21.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3º câmara, 06.12.1956, RT 262/272.

personalidade do Estado, e nem todos os atos da administração do patrimônio público ou prestação de serviços praticados pelo Estado serem atos de gestão.²²⁶

Surge então a defesa de que a responsabilidade do Estado nos mais diversos casos seria possível, desde que comprovado dolo ou culpa na conduta do agente público. A Responsabilidade Civil do Estado, considerada, deste modo, como subjetiva, seguiria os mesmos preceitos do Direito Civil aplicados ao cidadão comum.²²⁷

A Teoria Civilista apresenta o conceito no qual os agentes do Estado (servidores) estão na condição de prepostos, e o Estado, em caso de danos causados por eles, enquanto seus representantes estariam obrigado a reparar devido verificação de culpa *in vigilando ou in elegendo*.²²⁸

A natureza dos fatos levou a uma evolução da teoria civil, onde, muitas vezes, não se fazia possível verificar a culpa ou dolo por parte do agente ainda que o dano tivesse ocorrido e fosse comprovado, para um tratamento publicístico onde o necessário seria a verificação do dano e a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano. Ocorre portanto a mudança de uma visão subjetiva para outra objetiva quanto ao modo de responsabilizar o Estado.²²⁹

3.1.4 Teoria da Culpa Administrativa ou Culpa do Serviço ou Culpa Anônima (*faute du service*)

A doutrina subjetiva da culpa civil do Estado foi gradualmente sendo substituída pela teoria da culpa administrativa e posteriormente pela teoria objetiva do risco administrativo. Na teoria da culpa administrativa, a ausência da prestação de um serviço previsto para ser realizado pelo Estado na legislação pode por si só ser levada em conta para que o Estado seja responsabilizado.²³⁰

Por sua vez, o agente público passa de uma condição de preposto do ou

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 700.

²²⁷ SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 984.

²²⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 237.

²²⁹ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.135.

²³⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 994.

representante do Estado, para fazer parte da estrutura do mesmo, assim, sendo instrumento do Estado e agindo em nome da Administração, caberá ao Estado responder caso ocorram danos decorrentes da ação de seus agentes.²³¹

De acordo com a teoria da culpa administrativa, a responsabilidade do Estado se dá de modo subjetivo e poderá se apresentar em caso de ação ou de omissão dos seus agentes, se configurada *culpa in commitendo* e a *culpa in omittendo*.²³²

A teoria da culpa de serviço apresenta situação na qual o Estado responde por falhas no funcionamento do serviço público caso este não funcione (omissão), funcione com atraso ou de modo inadequado ocorrendo nestes casos culpa (*faute*) do serviço. A culpa do agente nestes casos, não é levada em consideração e responde o Estado mesmo que não se saiba a identidade do funcionário que causou o dano, sendo por isso também denominada teoria da culpa anônima do serviço público.²³³

Em 1873, na França, o rumoroso caso Blanco abriu precedente para, a partir da jurisprudência, iniciar um movimento de elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público.

"A menina Agnés Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeanx, foi colhida por uma vagonete da Cia Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme a necessidade do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados".²³⁴

No caso Blanco ocorreu de modo até então inédito, o reconhecimento que a responsabilidade do Estado seria não somente diferenciada daquela que se aplica

²³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 238.

²³² Ibidem, p. 238.

²³³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 397.

²³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 700.

aos particulares mas ainda mais intensa. Deste modo, ao invés de responder a demandas judiciais de acordo com princípios do Direito Civil deveria ao estado serem aplicados princípios de Direito Público Administrativo com opção, deste modo, pela tese publicista em lugar da teoria civilista. Além disto, caberia a um Conselho Administrativo, e não à justiça comum resolver conflitos envolvendo ações de particulares em demandas cuja exigência era a responsabilização do Estado.²³⁵

Nos casos em que se admite a teoria da culpa administrativa, a culpa do agente administrativo não tem relevância frente à ausência do serviço o qual o Estado teria obrigação de prestar. Sendo assim, na ocorrência de dano a terceiro estará o Estado obrigado a indenizar. O que ocorre na prática é a completa desvinculação entre a responsabilidade do Estado a elementos subjetivos (culpa ou dolo) na conduta do agente. A responsabilidade do Estado está presente, bem como a obrigação de indenizar, apenas pelo fato de ter a atividade exercida pelo Estado resultado em dano, fato que independe de ser verificada ou não culpa por parte do agente.²³⁶

3.1.5 Teoria do Risco

Com o intenso desenvolvimento industrial, ocorrido no final do século XIX, houve aumento significativo de demandas judiciais para fins de reparação de danos sofridos em decorrência de acidentes de trabalho. Juristas, predominantemente na França, iniciaram então aplicação de um novo entendimento acerca do tema responsabilidade civil, a teoria do risco. O fundamento da teoria do risco é que cabe ao autor reparar todo o dano causado a outrem, fato que independe de ter ou não agido com dolo ou culpa. Não ocorre, portanto, avaliação ou julgamento de valor quanto à conduta do indivíduo causador do dano, pois o risco é inerente a cada atividade humana em maior ou menor grau²³⁷. Destarte, para que seja configurada responsabilidade segundo a teoria do risco, basta que estejam presentes o dano e o nexo causal entre a atividade praticada e o dano. Sendo assim, para fins de verificação de responsabilidade, não há necessidade de demonstrar culpa ou dolo

²³⁵ SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 985.

²³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 701.

²³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181-182.

por parte do agente. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva.²³⁸

Os principais fundamentos desta teoria se relacionam, primeiramente, ao fato que sendo realizada pela Administração atividade em proveito de um bem coletivo e tendo a atividade risco de causar dano a outrem, ou seja, risco inerente, caso ocorra fato que materialize este risco deverá, portanto, haver reparação. Ainda, deve ser considerado o segundo princípio pelo qual se a sociedade obtém benefícios a partir de uma atividade desenvolvida pelo Estado que são repartidos por todos, caso ocorra dever de indenizar, caberá à coletividade arcar com a divisão do ônus.²³⁹

Em termos históricos, pode ser observado no direito brasileiro a teoria da responsabilidade objetiva do Estado pela primeira vez na Constituição de 1946, particularmente em seu artigo 194.

"Artigo 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único – Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".²⁴⁰

O texto constitucional atual, datado de 1988, ao tratar da regulação da Administração Pública em seu artigo 37 §6º, faz referência às pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, bem como substitui o termo funcionário por agentes, devido seu sentido mais amplo, abrangendo toda pessoa física que exerça atividade em nome do Estado, com ou sem vínculo empregatício, não importando qual seja a natureza do vínculo.²⁴¹

Deste modo, fica estabelecido por esta Teoria que o Estado ao se utilizar de sua supremacia sobre o particular para o exercício de suas atividades, deve arcar com eventual ônus por danos causados a terceiros de modo também mais intenso que o particular.²⁴²

²³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 995.

²³⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 398.

²⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, v. 59, 1993, p. 9.

²⁴¹ Ibidem, p. 9.

²⁴² SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 987.

3.1.5.1 Teoria do Risco Integral

Dentro da teoria do risco, a teoria do risco integral se apresenta como uma modalidade extremada na qual o dever de indenizar se apresenta inclusive quando o nexo causal não se configura ou mesmo se encontra extremamente diluído. Convém lembrar que, na responsabilidade objetiva embora o elemento culpa seja dispensável se faz obrigatória a presença do nexo causal.²⁴³

A teoria do risco integral apresenta o papel do Estado como segurador universal de danos, tendo o dever de suportar todos os riscos. O dever de reparar está presente inclusive nos casos fortuitos ou de força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima, pois não há devida consideração quanto ao nexo causal. Verifica-se, portanto, que as excludentes de responsabilidade do Estado não são admitidas nesta teoria.²⁴⁴

Por motivos óbvios, o Direito moderno só muito particularmente aplica essa teoria pelo fato de o Estado ser obrigado a arcar com ônus exagerado e, por consequência, insuportável. Sua adoção no Brasil se faz de modo muito particular, excepcional e apenas nos casos de determinação legal expressa, como nos de responsabilidade do Estado por danos nucleares.²⁴⁵

3.1.5.2 Teoria do Risco Administrativo

Por sua vez, a teoria do risco administrativo reduz exageros presentes na teoria do risco integral, admitindo responsabilidade objetiva do Estado, que independe de dolo ou culpa, mesmo em ato lícito que eventualmente resulte em dano, mas prevê admissibilidade de excludentes de responsabilidade, fato que, como visto, não ocorre na teoria do risco integral.²⁴⁶

²⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

²⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 361.

²⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 90-91.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.702.

Nesta teoria, se faz também a exigência de relação causa e efeito entre atividade estatal e o dano, devendo, portanto, ser considerado que as causas de exclusão do nexo causal isentam o Estado de responsabilidade.²⁴⁷

3.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37 §6º²⁴⁸ adota, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado na qual exige comprovação de pressupostos essenciais tais como conduta, dano e nexo causal, mas, por sua vez, não exige do particular provar ter havido dolo ou culpa durante a ação que originou o dano.²⁴⁹

De acordo com a Constituição de 1988 a responsabilidade objetiva exige para que se caracterize que o ato lesivo seja praticado por pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, que ocorra dano a terceiro causado por agente das pessoas jurídicas mencionadas, que o dano seja consequente à atividade de prestação de serviço público, e o agente esteja agindo no exercício de suas funções.²⁵⁰

3.2.1 Regra: Responsabilidade Objetiva (Teoria do Risco Administrativo)

Verifica-se, de modo geral, que na doutrina e jurisprudência a teoria do risco administrativo é aplicada como regra, enquanto a teoria do risco integral de modo mais restrito e em situações de exceção, e a teoria da culpa do serviço ou culpa anônima (*faute du service*) nos casos em que ocorre omissão por parte do Estado.²⁵¹

No texto Constitucional, ocorre adoção da teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública e, deste modo, a responsabilidade objetiva do Poder Público em caso de dano decorrente de sua

²⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 196.

²⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 37, § 6º da CF/88. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁴⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 326-327.

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.705.

²⁵¹ SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 994.

atividade administrativa, tendo como requisito que se verifique relação de causa e efeito a partir do atuar do agente público e a ocorrência do dano.²⁵²

Portanto, na legislação brasileira, o Poder Público tem responsabilidade objetiva, e adota a teoria do risco administrativo, com fundamento na solidariedade social e repartição do ônus decorrentes de ações do Estado, sendo, neste caso, exigidos a presença de dano, conduta administrativa e o nexo causal entre conduta adotada e o dano.²⁵³

3.2.2 Pressupostos da Responsabilidade do Estado

A responsabilidade civil do Estado tem tratamento na Constituição brasileira como sendo de regra objetiva, pois adota a teoria do risco administrativo. Sendo assim, exige para responsabilizar o Estado que haja verificação de dano com prejuízo à vítima, o autor (agente público) e o nexo causal entre a ação e o dano.²⁵⁴

Verifica-se que para que ocorra reparação, se faz necessária violação de um direito previsto em lei, assim como, o dano deve ser específico, ou seja, deve atingir um indivíduo ou grupo de pessoas e não toda a coletividade; deve ainda, superar inconvenientes normais do cotidiano, portanto, o dano sofrido deve ser relevante.²⁵⁵

Ainda se faz exigência, que a conduta danosa deve ser realizada por agente público no exercício de atividade ou função pública, mesmo que em exercício irregular da atividade. Contribuindo ou favorecendo, de qualquer modo, para que ocorra prática de ato danoso, caberá, nestes casos, ao Estado o dever de indenizar.²⁵⁶

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 291.

²⁵³ FREITAS, Zaqueu Rodrigues. Responsabilidade civil do estado em casos de omissão: subjetividade, **Revista Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro: JC, jan. 2013, p.2. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/01/responsabilidade-civil-do-estado-em-casos-de-omissao-subjetividade/>>.

²⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4, p. 107.

²⁵⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 406-407.

²⁵⁶ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas excludentes, **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - SJRJ**, Vol. 18, Nº 30, 2011, Rio de Janeiro, p. 238.

Por sua vez, afasta o dever de indenizar, ato no qual se verifique não ter havido correlação entre a ação praticada pelo agente e o dano sofrido pelo particular.²⁵⁷

3.3 Hipóteses de Exclusão da Responsabilidade Objetiva

Conforme mencionado previamente, caso não seja comprovada existência do nexo de causalidade entre ação promovida pelo agente do Estado e o dano não existirá responsabilidade. Assim, nos casos em que são verificadas causas concorrentes, ou seja, não sendo a ação do Estado a única que originou a ocorrência do dano, excludentes ou atenuantes atuam sobre o nexo causal, e poderá ser considerada exclusão da responsabilidade objetiva ou abrandamento da indenização devida pelo Estado.²⁵⁸

Existem causas clássicas de exclusão da responsabilidade do Estado, sendo elas o caso fortuito ou de força maior além da culpa exclusiva da vítima - portanto, naquelas situações em que não existe nexo de causalidade entre a ação e o dano.²⁵⁹

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considerando força maior, como fato originado por fenômeno da natureza e cujo desfecho se mostra impossível de prever ou evitar, e o caso fortuito, como ocorrência que se deve à ação do ser humano, somente os casos de força maior seriam excludentes de responsabilidade para o Estado.²⁶⁰

Em casos nos quais o dano tem diversas causas que participem em conjunto de modo eficaz para o resultado adverso, havendo, portanto, concorrência entre elas, o Poder Público deverá ser responsabilizado apenas pela parte do dano causado pela atividade administrativa.²⁶¹

²⁵⁷ SILVA, Clarissa Sampaio. **Debates em direito público, considerações acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do estado no Brasil, em Portugal e na Espanha.** Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 2, n. 2, p. 79-93, out. 2003 p.87. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63128>>.

²⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.706.

²⁵⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 331-332.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 707.

²⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.

3.3.1 Caso Fortuito ou Força Maior e Culpa Exclusiva da Vítima

Casos em que ocorram na origem do dano situações que caracterizem caso fortuito, força maior ou mesmo culpa exclusiva da vítima, o serviço público deixa de ser o sujeito que concorre de modo eficiente para o resultado, e sua presença na cena se configura como mero fator circunstancial, tendo em vista que o nexo causa efeito se encontra na força de elementos da natureza ou na conduta da própria vítima. Sendo assim, o Estado se exime nos casos em que não foi o autor da lesão, ou se a situação de risco a ele atribuída não existiu ou mesmo não teve importância para o desfecho desfavorável.²⁶²

3.4 Responsabilidade Subjetiva por Ato Omissivo: *faute du service*

A responsabilidade civil do Estado poderá também surgir de fato onde fique evidente comportamento omissivo por parte da Administração, neste caso, tal conduta necessita estar ligada a um dever de agir do Estado. O Estado teria o dever de agir e não o faz, fato que evidencia comportamento ilícito individual (quando o não agir se verifica na conduta de um agente do estado) ou geral (nos casos em que se verifica a *faute de service*).²⁶³

Nos casos em que ocorre responsabilidade do Estado por ato omissivo, fica caracterizada responsabilidade subjetiva, e haverá obrigação de indenizar por prática de ato contrário ao Direito, seja de natureza culposa ou dolosa. Entretanto, se não houver dever de agir por parte do Estado, sua inação não terá papel relevante para fins de indenização, pois não será configurada responsabilidade²⁶⁴. Observa-se, entretanto, que alguns juristas entendem ser a responsabilidade do Estado objetiva, tanto nos casos de ato comissivo quanto omissivo.²⁶⁵

3.4.1 Hipóteses de Exclusão da Responsabilidade Subjetiva

Do mesmo modo que ocorre na responsabilidade objetiva, nos casos de responsabilidade subjetiva do Estado constituem excludentes o caso fortuito e de

²⁶² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1014.

²⁶³ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas excludentes, **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - SJRJ**, Vol. 18, Nº 30, 2011, Rio de Janeiro, p. 235.

²⁶⁴ STOCO, Rui. Op.cit., p. 997.

²⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 299.

força maior bem como a culpa exclusiva da vítima. Também pode ser acrescida como excludente, em casos de responsabilidade subjetiva, o fato da conduta do agente não apresentar elementos que configurem dolo ou culpa *stricto sensu*, em uma de suas três modalidades: negligência, imperícia ou imprudência. Não há, entretanto, necessidade de individualização da conduta, pois de modo geral a omissão do Estado pela falta de um serviço previsto em lei, caracteriza de forma genérica fator originário de responsabilidade para o Estado.²⁶⁶

3.5 Cobrança Judicial do Dano e Ação Regressiva

Conforme entendimento da maioria dos doutrinadores, dentre eles pode ser citado Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Yussef Said Cahali e Celso Antônio Bandeira de Mello, poderá o autor litigar contra o Estado, contra o agente público ou contra ambos. Nos casos em que representar contra o Estado, deve ser configurada responsabilidade objetiva, demonstrando apenas ter havido dano e nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano; entretanto, nos casos em que a ação seja contra o agente público, há de se provar dolo ou culpa. Nas ações contra o Estado e o agente, caso provado ter agido o agente com dolo ou culpa, podem ser considerados como responsáveis solidários em situação de litisconsórcio passivo facultativo. Por sua vez, outra corrente entende que a pretensão ação indenizatória somente pode ser ajuizada contra o Estado²⁶⁷. Segundo Hery Lopes Meireles, a responsabilidade do Estado se dá de forma exclusiva, cabendo a este o direito de regresso contra o agente causador do dano.^{268 269}

3.5.1 Responsabilidade do Agente Público

A responsabilidade do servidor ou agente público, responsável por dano durante o exercício profissional, será verificada por meio de dolo ou culpa *stricto sensu*, sendo, portanto, subjetiva de acordo com a teoria da responsabilidade civil. O Estado, por sua vez, no papel de entidade responsável pelo serviço, ou seja, de empregador, atende por responsabilidade objetiva, cabendo ação regressiva contra

²⁶⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 333.

²⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 252.

²⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3, p. 252.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE, rel. Moreira Alves, j. 22-3-1983, JSTF 55/230.

o agente público caso seja comprovado por parte deste ter agido com dolo ou culpa.²⁷⁰

3.5.2 Ação Regressiva: Legitimidade Passiva

A Constituição Federal determina que o Estado responda de acordo com a teoria objetiva, por danos cometidos por seus agentes durante o exercício de sua função, e também prevê direito de regresso quanto ao agente responsável por danos a terceiros, caso seja comprovada sua culpabilidade - artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988.²⁷¹

Com relação ao *modus faciendi* a doutrina não apresenta consenso. Parte da doutrina defende que se faz obrigatória a denúncia da lide de acordo com o artigo 70 inciso III do CPC²⁷², enquanto para corrente majoritária, a medida seria facultativa²⁷³. No entendimento de Rui Stoco:

“Pensamos que a denúncia em hipóteses que tais não só é incabível, como desaconselhável, até porque a não-denúncia da lide ao servidor ou seu indeferimento na ação promovida contra o Estado não impede que ele exerça o seu direito de regresso em outra ação autônoma, para o reembolso do que houver despendido com a condenação que lhe foi imposta”.²⁷⁴

Conforme entendimento de outra parte da doutrina, o Estado deve, para concretizar sua pretensão, interpor ação própria. E, de acordo com Paulo Nader, fortes são os fundamentos que servem de base para este entendimento:

“a) se o Estado denuncia à lide, há de alegar e comprovar a culpa de seu agente, fato que torna inviável a sustentação de tese contrária à exposição do autor da ação; b) a litisdenúncia tende a provocar alongamento no feito, com evidente prejuízo ao interesse da vítima na reparação. Se feita a denúncia da lide e a sentença condenatória do Poder Público reconhecer a culpa lato sensu do agente, nos mesmos autos se promoverá contra este o processo de

²⁷⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 210.

²⁷¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1100.

²⁷² BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória: III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

²⁷³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 327.

²⁷⁴ STOCO, Rui. Op.cit., p. 1100.

execução²⁷⁵.

A ação regressiva deverá ter sempre por titular o Estado, pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, prestadora de serviço público, à qual o funcionário tem vínculo. Neste caso, o servidor é o sujeito passivo da ação, e o administrador não pode abrir mão do exercício da ação de regresso caso pertinente, sendo esta indisponível e intransferível, pois é obrigação do Estado buscar ressarcimento de valores pagos em virtude de ação na qual esteja evidente dolo ou culpa na conduta do agente.²⁷⁶

²⁷⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 327.

²⁷⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1100-1101.

4 O ESTADO, O MÉDICO E A SOCIEDADE: O ERRO MÉDICO E A JURISPRUDÊNCIA DE CASOS

Quando se trata dos estabelecimentos públicos de saúde vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS), os problemas ganham aspecto sócio-jurídico com maior importância para fatores relacionados à falta de recursos humanos e materiais que, muitas vezes, impedem o atendimento adequado da população aumentando a relação entre resultados adversos e o número de procedimentos realizados. Neste ponto, não se pode perder de vista o princípio constitucional de dever o Estado oferecer aos cidadãos atendimento público de qualidade, fornecendo condições adequadas para os diversos procedimentos de atendimento à saúde. Na tentativa de suprir carências do sistema, muitas vezes, atendimentos são realizados longe de oferecer condições ideais e, por este motivo podem não apresentar a eficácia esperada para o caso em análise.

4.1 Responsabilidade Civil do Estado pela Atividade Médica

O Estado para fins de cumprimento da obrigação Constitucional, expressa na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º²⁷⁷, de proporcionar saúde à população, tem, por consequência, obrigação de responsabilidade civil pela atividade médica. De acordo com o referido artigo, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve garantir, mediante políticas sociais e econômicas adequadas, a redução do risco de doenças e outros agravos, promovendo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. A criação do SUS (Lei nº 8.080, de 19.09.1990) visa atendimento ao princípio constitucional, por meio de criação de uma rede de saúde regionalizada e hierarquizada com recursos provenientes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. O objetivo final, segundo a lei, é atender de modo integral, ou seja, proteger, prevenir e recuperar a saúde por meio de diversos modos de operacionalização, sem o prejuízo de serviços assistenciais.²⁷⁸

²⁷⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁷⁸ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.141.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios (componentes da Federação), bem como autarquias, empresas e fundações públicas, têm atribuição quanto à reparação de danos ocorridos durante a atividade médica no âmbito do Sistema Único de Saúde, danos estes causados aos pacientes, seus familiares ou a terceiros. Deste modo, havendo ocorrência de dano durante a prática médica em unidade hospitalar que possua vínculo com o Sistema Único de Saúde (SUS) surge a responsabilidade civil do Estado e a obrigação deste em reparar. Para que fique configurada a responsabilidade do Estado, entretanto, se faz necessário que se prove ação ou omissão por parte do agente público no atendimento à saúde, a ocorrência de dano, e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano sofrido pelo usuário do sistema.²⁷⁹

4.2 Responsabilidade dos Hospitais Públicos

Por conta de serviços médicos prestados por hospitais públicos (sejam eles de responsabilidade da União, Estados, Municípios e Distrito Federal ou mesmo por empresas públicas, autarquias, fundações) responderá o ente público por responsabilidade objetiva em caso de ocorrência de erro médico, de acordo com o previsto no texto constitucional no seu artigo 37, §6º:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Ainda que o artigo 22 e seu parágrafo, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8078/90)²⁸⁰ se aplique aos prestadores de serviços de saúde em geral, não poderá ser aplicado o previsto no referido artigo aos órgãos públicos da administração direta e indireta, comissionários ou permissionários ou qualquer outra forma de empreendimento que prestem serviços ao SUS, pelo fato de se tratar de serviços públicos gratuitos. Têm, entretanto, todos os estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, a obrigação do fornecimento de serviços adequados, eficientes

²⁷⁹ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.144.

²⁸⁰ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

e seguros, bem como, desde que essenciais, devem ter suas atividades contínuas. Caso não sejam atendidas as condições mencionadas, o Estado estará sujeito a responder pela reparação dos danos sofridos por usuários, familiares ou terceiros.²⁸¹

A obrigação legal do Hospital frente ao paciente que recebe é de oferecer serviços médicos de qualidade, assim como, outros que estejam relacionados, podendo ser mencionados internação em boas condições de estrutura e higienização, fornecimento de medicação necessária de acordo com prescrição médica, equipamentos para diagnóstico e tratamento, serviços auxiliares sejam eles no âmbito administrativo ou de enfermagem.²⁸²

Fica, portanto, esclarecido que o fato do serviço estar sendo prestado de forma gratuita e ser público, não será condição relevante a ponto de isentar o hospital do dever de indenizar, caso ocorram danos àquele que recorre aos seus serviços. Há, portanto, garantia constitucional quanto à necessidade não só da prestação do serviço, assim como da adequação do serviço prestado visando o resultado. Visa a legislação, dar garantia fundamental quanto ao restabelecimento da saúde e à vida das pessoas.²⁸³

Tendo em vista ser a saúde dever constitucional do Estado, este será o responsável por erros cometidos por profissionais médicos que estejam na condição de seus agentes. O fato é que os processos por erro médico vem se multiplicando de modo assustador, principalmente nos ambientes do SUS em decorrência da falta de insumos básicos, tais como, medicamentos, material de uso médico-hospitalar para realização de procedimentos, assim como, profissionais em número insuficiente para a adequada prestação do serviço, dentre outros. Frente ao fato perceptível das más condições de atendimento apresentadas, o usuário, ao se sentir prejudicado por ter sofrido dano, se vê no direito de litígio frente ao Estado.

²⁸¹ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 143 -144.

²⁸² MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

²⁸³ Ibidem, p. 148.

Também, por condição análoga, aqueles que se identificam como próximos à situação desfavorável passam a ser para o litigante co-responsáveis pelas causas e consequências, e, deste modo, o hospital e o médico passam também, frequentemente, à condição de réus.²⁸⁴

4.3 Culpa *in eligendo* e *in vigilando* do Estado

Atuando o médico na condição de agente público, o Estado passa a ter o dever de reparar em caso de eventuais danos causados por este profissional, e, nestes casos, não tem importância a forma de vínculo que ele tem com o poder público, tendo em vista que houve consentimento do Estado para que ocorresse o exercício daquela atividade por aquele indivíduo especificamente, passando, portanto, a ter o dever de indenizar. Não se faz necessário que o agente esteja atuando na função para a qual foi designado, tendo em vista se caracterizar para o Estado, condição de culpa *in eligendo* (pelo fato de ter escolhido o agente prestador do serviço) e *in vigilando* (tem o dever de vigilância sobre a atividade desempenhada pelo agente).²⁸⁵

4.4 Análise do Direito Positivo e da Jurisprudência frente Ações de Responsabilidade Civil Médica e do Estado

O entendimento majoritário, na doutrina e jurisprudência, no âmbito do direito privado, é que a relação entre o médico e o paciente, ou pessoa responsável por ele, é do tipo contratual²⁸⁶. No direito público, entretanto, não existe locação de serviços que se verifica pelo pagamento de honorários por parte do paciente ao profissional que presta o serviço, bem como não existe escolha pessoal e livre, por parte do paciente, do profissional médico que o atende, que o faz na condição de agente público.

²⁸⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 199 - 200.

²⁸⁵ SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012, p.998.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.60582 - Décima Sétima Câmara Cível - Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres - J. 31.01.2007; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0194.05.051926-4/001 - 13º C. Cív. - Rel. Nicolau Masselli - DJe 15.02.2012.

Portanto, a relação jurídica que se estabelece durante o atendimento decorre do que está previsto em norma legal, caracterizando relação extracontratual.^{287 288}

Cabe ao profissional da área médica o dever regido pela cláusula geral que impõe a todos o dever de não causar dano a outrem (Código Civil artigo 186²⁸⁹ e norma especial do artigo 951²⁹⁰), em associação com o Código de Defesa do Consumidor (artigo 14, §4º)²⁹¹ onde se verifica que somente por dolo ou culpa podem os profissionais de saúde ser responsabilizados no exercício de sua profissão - assim, a responsabilidade pessoal do médico, por danos eventualmente ocasionados durante a prestação de serviços, é do tipo subjetiva.^{292 293}

Deste modo, em caso de dano sofrido pelo paciente decorrente de ato médico, sendo a relação entre as partes do tipo contratual ou extracontratual, se faz necessária a comprovação de culpa do profissional médico, bem como, o nexo causal entre o dano e a conduta do profissional.²⁹⁴²⁹⁵

²⁸⁷ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 154.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 633953, 20080111177264APC, Relator: Cruz Macedo, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/11/2012, Publicado no DJE: 23/11/2012, p. 156. Acórdão n.573346, 20110110637580ACJ, Relator: Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, Relator Designado: Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 06/12/2011, Publicado no DJE: 20/03/2012, p. 237).

²⁸⁹ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁹⁰ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

²⁹¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 4, §4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

²⁹² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 562 - 570.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp 1.184.932 – (2010/0043325-8) – 2ª T – Rel. Min.Castro Meira – Dje 16.02.2012 – p.584; Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2009.046039-9 – Rel. Des. Henry Petry Junior – Dje 27.09.2011; TJRJ – AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007; TJMA - AC 23910-2011 - 110483/2012 - Rel. Des. Raimundo Freire Cutrim - DJe 25.01.2012 - p.77; Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2011. 049775-7 - 3º CDCiv. - Rel. Des.Fernando Carioni - DJe 29.08.2011.

²⁹⁴ STOCO, Rui. Op.cit., p.562 - 570.

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1º C de Dir. Privado - Ap. 21.815-4/8 - Rel. Guimarães e Souza - j.27.01.98 - RT 752/177; STJ – Resp 1.184.932 – (2010/0043325-8) – 2ª T – Rel. Min.Castro Meira – Dje 16.02.2012 – p.584; Tribunal de Justiça de Santa Catarina – AC 2009.046039-9 – Rel. Des. Henry Petry Junior – Dje 27.09.2011; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007.

Deve-se ter em mente, de acordo com a jurisprudência, ser a obrigação do médico, via de regra, de meio e não de resultado. Cabe, portanto, ao profissional cautela durante o atendimento, bem como uso adequado dos conhecimentos científicos vigentes, com vias de alcançar objetivo de recuperação plena da saúde do paciente. Não se exige, entretanto, obrigação do médico que tal fato ocorra²⁹⁶. Se trata de exigência que extrapola a capacidade e possibilidade humana: não poderá o médico, ainda que altamente capaz, ter poder de vida e morte sobre as pessoas que atende.²⁹⁷

Em caso particular, cabe mencionar que os deveres de conduta do médico frente aos pacientes nas emergências, no âmbito ético e legal, deve sempre que possível ser avaliado no momento do julgamento do profissional nos casos de erro médico²⁹⁸. Não se pode admitir que o profissional médico se esquive à sua função de realizar procedimento que venha salvar determinado paciente, por não serem a ele oferecidas as condições ideais de materiais e estrutura hospitalar. O que algumas vezes se verifica, entretanto, são situações nas quais o profissional se vê por dever de ofício na obrigação de enfrentar, além de quadros de extrema gravidade apresentados por pacientes, situação onde há falta de condição de trabalho, carência de organização, capacidade de leito aquém da exigida pela demanda. Nestes casos, ainda que atue o médico da melhor forma do ponto de vista ético e científico ou que existam médicos em número suficiente para os atendimentos, ficarão profissionais e pacientes, cada vez mais, à mercê que falhas e consequentes danos ocorram.

O cenário perverso que ora se afigura é extremamente propício para que se busque imediatamente alguém culpado que possa responder pela situação de caos: neste momento, ocorre o flagrante pois, à vista de todos, estará a figura daquele que

²⁹⁶ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 154.

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4º C - Ap. 10.898 - j. 11.03.80 - DJ 07.05.81 - p.64; Tribunal de Justiça de São Paulo. 2º C - Elnfrs - j. 30.12.80 - RJTJSP 68/227; Tribunal de Justiça de São Paulo. 7º C - Ap. Rel. Sousa Lima - j. 11.11.92 - JTJ-LEX 142/117; TJRJ - 1º C - Ap. - Rel. Pedro Américo Rios Gonçalves - j. 27.09.94 - RT 723/435; Tribunal de Justiça de São Paulo. 1º C de Dir. Privado - Ap. 21.815-4/8 - Rel. Guimarães e Souza - j.27.01.98 - RT 752/177.

²⁹⁸ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 134.

convive diariamente com a realidade caótica - o próprio médico - seria ele o responsável?²⁹⁹

Conforme aponta Paulo Nader,

“A opção do legislador pátrio foi sensata ao estabelecer que os médicos, enquanto desempenham a atividade na condição de profissionais liberais, respondem por culpa subjetiva (negligência, imprudência ou imperícia), pois, se adotada a responsabilidade objetiva, haveria um desestímulo ao tratamento clínico ou cirúrgico de pacientes portadores de doenças graves. Não se trata de privilégio, mas de condição indispensável ao exercício da profissão, que muitas vezes requer coragem do médico diante de um quadro grave a exigir uma decisão imediata quanto ao procedimento a ser adotado.

Este, dependendo da urgência, não permite sequer a consulta ao paciente ou aos familiares quanto a conduta exigida. O fundamental é que o médico siga a orientação mais adequada para o caso concreto. A apreciação da qualidade do seu trabalho, em caso de questionamento, deverá considerar as circunstâncias que envolveram o atendimento: a sua urgência, as condições gerais do paciente, os recursos disponíveis, a presteza do profissional e os métodos empregados”.³⁰⁰

Entretanto, existem situações jurídicas onde o resultado assume papel relevante e o profissional se compromete atingir determinado padrão ou meta, como nos casos de cirurgias plásticas estéticas e exames diagnósticos laboratoriais. Para esses casos, a obrigação será de resultado, mas ainda assim, responde o profissional por responsabilidade subjetiva. Assim, se o dano for causado em decorrência do procedimento cirúrgico estético cabe ao médico provar terem sido tomados todos os procedimentos com finalidade de evitar que o resultado adverso ocorresse, pois o que há é a presunção de culpa médica, fato que justifica a inversão do ônus da prova, situação na qual cabe ao acusado provar não serem verdadeiras as acusações feitas contra ele ou uma das excludentes de responsabilidade.

²⁹⁹ FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 254.

³⁰⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7, p. 406.

Para que a obrigação em caso de Cirurgia Plástica Estética seja entendida como de resultado, parte do princípio de que nestes casos trata-se do indivíduo previamente hígido, que não apresenta patologia no momento do ato médico proposto.³⁰¹³⁰²

Sendo assim, na ampla maioria dos casos, o profissional médico responde por ação ou omissão que resulte em dano, dependente de comprovação de culpa, em casos que se verifique conduta contrária à legislação vigente e, portanto, ilícita.³⁰³

Por sua vez, o Estado tem o dever de regulamentar, fiscalizar, controlar as ações e serviços de saúde, e de executá-los diretamente ou através de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Os serviços de saúde atribuídos ao Poder Público deve ser oferecido via Sistema Único de Saúde (SUS) que tem por característica determinada pela Constituição ser de natureza universal e gratuito . O serviço é realizado pelo SUS por meio de consultas e tratamentos médicos, clínicos ou cirúrgicos, nas diversas especialidades, exames laboratoriais indispensáveis para o diagnóstico das diversas condições apresentadas pelos pacientes, assim como o encaminhamento das formas de tratamento, internações e atendimentos hospitalares, fornecimento de medicamentos e instrumentos ou equipamentos de tratamento ou compensação, e outras atividades médicas ou práticas sempre na tentativa de cura ou visando a melhoria de vida dos pacientes.³⁰⁴

Por conseguinte, difere do tratamento legal reservado ao Médico aquele que trata de responsabilidade civil do Estado. Enquanto para o médico se aplica a teoria subjetiva, ou seja, existe necessidade que seja comprovada culpa ou dolo, para o

³⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 207 - 217.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp 985.888 – (2007/0088776-1) – Rel. Min. Luís Felipe Salomão – Dje 13.03.2012 – p.582; Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap 994.02.020377-8 – Araçatuba – 8º CDPriv – Rel. Hamid Bdine – Dje 13.03.2012 – p.1011; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0024.04.339823-9/0021- Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j.12.09.2007 – DJEMG 22.09.2007; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0522.03.001829-8/0011 – Porteirinha – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Valdez Leite Machado – j. 06.09.2007 – DJEMG 25.09.2007).

³⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.802330, 20100110278046APC, Relator: Gislene Pinheiro, Revisor: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 22/07/2014, p. 132.

³⁰⁴ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.142.

Estado torna-se indiferente o fato de ter ou não havido culpa ou dolo do médico (agente público), para que surja dever do Estado de indenizar dano causado ao paciente durante procedimentos realizados no SUS – se faz necessário somente a comprovação do dano e o nexo causal existente entre a ação do agente e o dano. Caso o profissional exerça sua atividade em hospitais públicos, ainda que não seja servidor da Administração, configurada ação ou omissão, podem ser responsabilizados por danos, cabendo também responsabilidade ao Estado.³⁰⁵³⁰⁶

De acordo com disposição constitucional (artigo 37, § 6º da Constituição Federal /1988)³⁰⁷, ainda que a prática de agentes do Estado se verifique lícita, dentro de princípios que prezem por prudência, perícia e diligência, caso ocorra dano ao paciente decorrente desta ação, a responsabilidade civil do Estado quanto ao ressarcimento estará presente, pois prevê a Carta Magna ser a responsabilidade civil da Administração Pública do tipo objetiva, sendo, portanto, irrelevante licitude ou ilicitude do ato para que se verifique dever de indenizar o dano. Entretanto, nos casos em que se verifique dolo ou culpa na ação do agente responsável pelo dano em questão, à Administração Pública caberá ação de regresso contra o agente visando reparação dos prejuízos causados.^{308 309}

³⁰⁵ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 155.

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 02ª R.- Ap-RN 2007.51.01.004781-9 – Sexta Turma Especializada - Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros – DEJF2 10.11.2010; Tribunal Regional Federal. 4ª R.- AC 2001.71.00.033544-4 – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva – DJU 29.11.2006 – p. 800; Tribunal Regional Federal. 2ª R.- AC 1993.51.01.062450-0 – 6ª T. Esp. – Rel. Des. Fed. Fernando Marques – DJU 09.10.2006 – p.237; Supremo Tribunal Federal. AI 734689 AgR-ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, Acórdão Eletrônico DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012.

³⁰⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 37, § 6º. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁰⁸ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**, Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 155.

³⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.802330, 20100110278046APC, Relator: Gislene Pinheiro, Revisor: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 22/07/2014, p. 132; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.795877, 20090111787965APO, Relator: José Divino de Oliveira, Revisor: Vera Andrighi, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/06/2014, Publicado no DJE: 17/06/2014, p. 186; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 15304/2001 – (2001.001.15304) – 16ª C. Cív. – Rel. Des. Miguel Ângelo Barros – J. 11.12.2001; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AC – 275052, APC (20010110977432), Rel. Dácio Vieira, Revisor Romeu Gonzaga Neiva, 5ª Turma Cível – DGU 19.07.2007 - p.114.

Prevê orientação mais antiga do Supremo Tribunal Federal que, ação para ressarcimento de danos ocorridos durante prática de atividades atribuídas ao Estado, podem ser propostas contra o agente causador do dano, enquanto pessoa física, ou contra o próprio Estado responsável direto por disponibilizar o Serviço.³¹⁰

Entretanto, verifica-se em julgamentos mais recentes, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que o agente responde perante o Estado, ou seja, administrativa e civilmente responde à pessoa jurídica com a qual mantém vínculo funcional, cabendo à vítima ação contra o Poder Público. Nestes casos, o Estado responderá pelo dano causado pelo agente, em atividade que se realiza em consequência de um dever legal de prestação do serviço.³¹¹

Caso o atendimento ocorra em hospitais particulares conveniados com o Sistema Único de Saúde (SUS), em nível federal, estadual ou municipal, caberá também ao Estado o dever de indenizar nas mesmas condições mencionadas previamente, conforme determina o artigo 37, §6º³¹² da Constituição Federal³¹³. Isto ocorre devido ao fato do hospital ou clínica particular prestar serviço público, ou seja, realizar atividade atribuída e financiada pela Administração Pública, o que leva ao Estado responder perante a justiça com as mesmas obrigações, como se tais entidades fossem públicas.^{314 315}

No entanto, poderá, por omissão, a responsabilidade do Estado ser subjetiva cabendo comprovação de ausência ou falha do serviço público prestado, quando sendo necessário, não funcionou por demora, inadequação ou deficiência na

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re 90071, Relator Min. Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/1980, DJ 26-09-1980 PP- 07426 EMENT VOL - 01185-01 PP-00359 RTJ VOL - 00096-01 PP-00237; AI 106483 AgR, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 26/11/1985.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327904, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006; AI 552366 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 06/10/2006; STF, RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 12-4-02.

³¹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³¹³ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 155.

³¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

³¹⁵ BRASIL. Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.633953, 20080111177264APC, Relator: Cruz Macedo, Revisor: Fernando Habibe, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/11/2012, Publicado no DJE: 23/11/2012, p. 156.

prestação do serviço.^{316 317}

Porém, corrente jurídica minoritária entende ser o Estado responsável somente naqueles casos em que o dano sofrido seja decorrente de funcionamento do serviço que ocorra em condições que não atendam ao padrão habitual, ou seja, que fujam do padrão de normalidade. Deste modo, não haveria responsabilidade para o Estado nos casos em que fosse comprovado ter sido o atendimento médico-hospitalar prestado dentro da norma, sendo entendidos os desfechos adversos como inevitáveis, decorrentes de causa natural para a condição apresentada.^{318 319}

Ainda em defesa da mesma tese, no entendimento de Newton Wiethorn da Luz,

“A teoria objetiva, desconsiderando a idoneidade, a correção e a competência do serviço médico e hospitalar prestado, permite que o Estado e a sociedade, como um todo, responda por eventos integrantes do risco natural dos tratamentos de saúde, transformando em obrigação de resultado, obrigação que é tipicamente de meio. Assim, a responsabilização do Estado, nesses casos, não pode se afastar da existência de uma falha na prestação do serviço (prestação deficiente, atrasada ou inexistente), ainda que necessária a inversão do ônus da prova para beneficiar a vítima(responsabilidade presumida)”.³²⁰

Observa-se opinião semelhante por parte do Ministério Público Federal, ao afirmar que:

“Figura-se, a propósito, o absurdo de ter a União Federal que indenizar, independentemente de culpa, os danos morais e materiais causados pela morte de alguém, que recebeu todos os cuidados

³¹⁶ PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.140.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, REsp 135.542/MS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 29.08.2005; Supremo Tribunal Federal. RE 140.270, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15.04.96, DJ de 18.10.96; Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.573346, 20110110637580ACJ, Relator: Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, Relator Designado: Diva Lucy De Faria Pereira, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 06/12/2011, Publicado no DJE: 20/03/2012, p. 237.

³¹⁸ AGUIAR, Ruy Rosado de *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

³¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.776570, 20110112340079APC, Relator: Sebastião Coelho, Relator Designado: Gislene Pinheiro, Revisor: Gislene Pinheiro, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/03/2014, Publicado no DJE: 10/04/2014, p. 233; Superior Tribunal de Justiça. 4º T., REsp 258389/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.06.2005, DJU 28.08.2005, p. 275.

³²⁰ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 159.

preconizados na ciência médica, em hospital de sua propriedade. Com efeito, se é verdade, como parece, que o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado “é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos e efeitos lesivos, evitando que alguns suportem os prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp.572/573) não faz sentido indenizar um paciente ou sua família, ressalvados os casos de culpa ou dolo, quando o serviço foi realizado exatamente no proveito de ambos, inclusive de forma personalizada”.³²¹

Miguel Kfouri Neto também transcreve parcialmente no texto a seguir, decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e, segundo ele acertada, divergente de decisões comumente proferidas por diversos tribunais, em condição na qual, não provada deficiência na prestação do serviço, ocorre isenção de responsabilidade objetiva para hospital público ou conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS):

“Restou decidido ser prescível, para caracterizar a responsabilidade do fornecedor, nos termos do que estabelece o citado artigo, que tenha ocorrido de feito relativo a prestação do serviço, ou seja, a culpa do preposto do estabelecimento que forneceu o atendimento, notadamente no ramo da atividade médica, que é uma obrigação de meio, não de resultado. Tal fundamento há de ser igualmente aplicado às pessoas jurídicas de direito público no caso específico dos estabelecimentos hospitalares, que são fornecedores de serviços de saúde, que é essencial e constitucionalmente protegido - artigo 198 da CF. Trata-se de direito de todos e dever do Estado, a ser executado pelas empresas públicas ou privadas pelo comando constitucional. [...]. A responsabilidade dos hospitais será objetiva somente ao que se refere diretamente aos serviços prestados pelo estabelecimento, ou seja, aqueles que digam respeito à internação, às instalações físicas, aos equipamentos, aos serviços auxiliares, como enfermagem, exames, radiologia etc., e não aos serviços profissionais dos médicos que ali atuam ou que prestem serviços ao estabelecimento. Para estes, a responsabilidade será subjetiva, isto é, dependerá da comprovação da culpa no procedimento médico. Assim, o dever de indenizar da entidade empregadora, em princípio, apenas pode ocorrer quando provada a culpa ou dolo do profissional de saúde, o nexo causal e o dano [...]”^{322 323}

³²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível 1999.04.01.017791-3/RS, 4ª Região, DJU de 10.01.2001, Fls.630.

³²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5ª Câmara Cível. Ap. Cív 2007. 001. 49752, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 04.09.2007.

³²³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124.

Em resumo, a Constituição Federal, portanto, adota responsabilidade objetiva do Estado caso ocorram danos a terceiros por atos cometidos por seus agentes no exercício da função e, para tal, não se faz necessária a comprovação de dolo ou culpa. Nos danos provocados durante conduta de profissional médico atuando como agente do Estado, tem sido verificadas condenações à Administração Pública mesmo quando se tem uma prestação de serviços de modo adequado, não sendo em tais situações necessária a comprovação de culpa relativa à conduta do profissional. Tal interpretação vem sendo objeto de críticas, devido alguns autores, como é o caso de Nehemias Domingos de Melo, Miguel Kfoury Neto, entenderem que ao Estado não cabe dever de indenizar caso prove que a prestação do serviço esteja sendo regular e adequada, bem como o resultado do evento danoso tenha ocorrido somente devido a fatores relacionados a causas naturais ou mesmo devido a efeitos inesperados, ainda que indesejáveis.³²⁴

Para o Estado, sob esta ótica, passa não mais haver necessidade de indenizar em casos em que o paciente não tenha obtido cura ou mesmo melhora para o quadro pelo qual buscou assistência³²⁵, tendo sido adequadamente atendido em sua necessidade, ainda que ocorra desfecho desfavorável.³²⁶

4.5 Fatores que influem para o crescente número de processos por erro médico no Brasil

A importância do tema erro médico, bem como ações de ressarcimento por erro médico, se justifica pelos crescentes números. Segundo Dados divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2002 e 2008 o número de processos por erro médico que ingressaram naquela corte aumentou em cerca de 200% (passando de 120 processos em 2002 para mais de 360 processos em 2008).³²⁷

³²⁴ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 149.

³²⁵ LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002, p. 155.

³²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5º Câ. Cív. Ap. Cív 2007. 001. 49752, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 04.09.2007.

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – o Tribunal da Cidadania. **Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos**, nov. 2011. Disponível em: <http://ns2.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920>. Acesso em: ago. 2014.

Questionada se poderia estar havendo a formação de uma indústria de indenização por erro médico no Brasil, a advogada Hildegard Taggesell Giostri, diretora do Instituto de Direito Médico e Odontológico, em Curitiba, responde:

"Existe uma atuante indústria da indenização por pseudo-erro médico, o que explica a grande porcentagem de absolvições das acusações feitas. Um mau resultado, ou mesmo até a morte de um paciente, não quer significar que, necessariamente, houve um erro médico".³²⁸

São mencionadas diversas causas que podem estar associadas à gênese deste fato, tais como, maior acesso da população aos serviços de saúde e à justiça, o grande número de faculdades médicas muitas das quais sem a adequada formação dos novos profissionais, más condições materiais e de trabalho verificadas em diversas instituições de saúde, a má remuneração dos profissionais, dentre outras³²⁹.

Aos que convivem na esfera judiciária com o fato decorrente do aumento do número de processos relacionados aos serviços de saúde, é conveniente que se faça também outra análise dos motivos que levaram a este aumento tão significativo (pressionando ainda mais as demandas do judiciário em todas suas instâncias), bem como, vias para sanar o problema a partir da sua origem, entenda-se o local e o modo que o serviço de saúde é prestado. Nesse momento, não há como deixar de fornecer dados sobre como as políticas de implementação do SUS têm sido, ao mesmo tempo, contraditórias e propícias ao fomento de ações judiciais sob diversos aspectos; o resultado é o enfrentamento do usuário, que se volta contra o sistema e, consequentemente, contra os prestadores de serviço.

³²⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **(Ir)responsabilidade / Aumenta o número de ações por erro médico/Médico não é obrigado a curar/Código do Consumidor pode ser aplicado / Orientações jurídicas para médicos**. Disponível em: <<http://mppr.jusbrasil.com.br/noticias/180751/ir-responsabilidade-aumenta-o-numero-de-aco-es-por-erro-medico-medico-nao-e-obrigado-a-curar-codigo-do-consumidor-pode-ser-aplicado-orientacoes-juridicas-para-medicos>>. Acesso em: set. 2014.

³²⁹ JORNAL DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE MINAS GERAIS, **Número de processos por erro médico no STJ cresce 155% em seis anos**. 114. ed. dez/2008-jan/2009, p. 06. Disponível em: <http://www.ammg.org.br/jornal/edicao_114/page06.pdf>. Acesso em ago.2014.

As condições insatisfatórias de trabalho verificadas em Unidades do SUS, levaram o CFM (Conselho Federal de Medicina) a divulgar em nota que os problemas do SUS se devem, em grande parte, ao subfinanciamento e à falta de uma política de saúde pública eficaz. O número de leitos hospitalares no Brasil sofreu uma redução de 10,5% entre 2005 e 2012, segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM). Em levantamento divulgado em 2012, o órgão aponta que, em sete anos, houve uma redução de 41.713 leitos hospitalares no Sistema Único de Saúde (SUS). O levantamento do CFM foi feito com base nos dados apurados junto ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), do Ministério da Saúde. De acordo com Roberto Luiz d'Ávila, presidente do Conselho Federal de Medicina:

“Os gestores simplificaram a complexidade da assistência à máxima de que “faltam médicos no país”. Porém, não levam em consideração aspectos como a falta de infraestrutura física, de políticas de trabalho eficientes para profissionais da saúde, e, principalmente, de um financiamento comprometido com o futuro do Sistema Único de Saúde”.³³⁰

Em Setembro de 2013, o Conselho Federal de Medicina divulgou novos dados, que a princípio, demonstram não se tratar de fato isolado, mas de política contínua, a redução do número de leitos no SUS. Por outro lado, durante o mesmo período, ocorreu aumento de leitos no Sistema de Saúde Privado. Entre janeiro de 2010 e setembro de 2013, foram desativados aproximadamente 13 mil leitos na rede pública de saúde (que contava com 361 mil leitos tendo caído para 348 mil no período de avaliação). Leitos do sistema de saúde privado destinados a pacientes beneficiários de planos de saúde, apresentaram elevação de 142.260 para 155.698 leitos. As informações foram obtidas pelo Conselho Federal de Medicina junto a dados divulgados pelo próprio governo no Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde (CNES), do Ministério da Saúde. Roberto Luiz d'Ávila presidente do CFM, conclui que, de modo contraditório, os dados revelam favorecimento da esfera privada em relação à pública na política de saúde implementada pelo SUS, evidenciando mais uma vez o subfinanciamento público do sistema, segundo ele, base para as dificuldades apresentadas no atendimento final ao usuário. Conclui com o fato de ser também contraditória a convocação de mais profissionais médicos

³³⁰ REVISTA VEJA. **Brasil perdeu mais de 40.000 leitos no SUS em sete anos, diz Conselho Federal de Medicina**, set/2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/brasil-perdeu-mais-de-40-000-leitos-no-sus-em-sete-anos-diz-conselho-federal-de-medicina>>. Acesso em: ago. 2014.

enquanto são oferecidos número cada vez menor de leitos.³³¹

Mas afinal o Brasil gasta pouco em saúde? A resposta não parece tão simples. Segundo dados publicados pela OMS existe entre os países, diferentes níveis de comprometimento governamental com saúde. Dados do ano de 2007 mostram que investimentos em saúde feitos pelos países não acompanham diretamente sua renda, pois, foi verificado que vinte e dois países de baixa renda dedicavam mais de 10% da despesa total em saúde, enquanto onze países com alta renda dedicavam menos de 10% para a mesma finalidade.³³²

Por outro lado, dados do Banco Mundial para o ano de 2011, fazem correlação entre despesas em saúde (somadas despesas relativas aos sistemas público e privado de cada país) em relação percentual do Produto Interno Bruto (PIB). Verifica-se por estes números valores bastante próximos para cada país sendo de 9,3% para Inglaterra, 9,4% Espanha, 11,2% Canadá, 9,0% Austrália e no Brasil 8,9%. Convém salientar que os países mencionados adotam sistemas de cobertura universal para a saúde.³³³

Afinal qual o número de pessoas que compõe a população brasileira depende do atendimento público oferecido no SUS? Estimativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) analisada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgados em 2013 demonstram que somente 24,7% da população brasileira têm acesso a atendimentos prestados por planos de saúde (em 2002 eram 17,9%). Deste modo, aproximadamente 70 % da população necessitaria de algum modo ser assistida por instituições ligadas ao SUS contando com o atendimento público e gratuito.³³⁴

³³¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Análise do Conselho Federal de Medicina aponta queda acentuada de leitos do SUS desde 2010.** set/2013. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24121:analise-do-conselho-federal-de-medicina-aponta-queda-acentuada-de-leitos-do-sus-desde-2010&catid=3>. Acesso em: ago. 2014.

³³² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial da Saúde - Financiamento dos Sistemas de Saúde: o caminho para a cobertura universal**, 2011, p. 24. Disponível em: <http://www.cplp.org/Files/Filer/Relatorio_OMS.pdf>. Acesso em: set. 2014.

³³³ THE WORLD BANK. **Indicadores de desenvolvimento Mundial do Banco Mundial ano de 2011.** Disponível em: <<http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>>. , acesso em: ago. 2014.

³³⁴ NITAHARA, Akemi. **Agência Brasil, percentual da população que tem plano de saúde aumenta para 24,7%.** nov/2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-11-29/percentual-da-populacao-que-tem-plano-de-saude-aumenta-para-247>>. Acesso em: set. 2014.

Entretanto, dados do mesmo estudo, em uma análise mais detalhada, mostram que há uma distribuição desigual da cobertura pela saúde privada no Brasil. Enquanto a Região Sudeste (de maior poder econômico), conta com aproximadamente 64% dos planos de saúde existentes no Brasil e no estado de São Paulo 43% da população é assistida por plano de saúde, no Acre apenas 5,6% da população têm acesso ao atendimento por planos de saúde.³³⁵

É, portanto, evidente que a população brasileira, em sua maioria, depende da estrutura do Sistema Único de Saúde ao buscar atendimento médico hospitalar, e o diferencial que parece determinante para os recursos repassados ao atendimento em saúde, diz respeito ao gasto específico do setor público em serviços públicos de saúde. Enquanto nos países que adotam o sistema universal de atendimento o setor público participa com financiamento total da saúde com valor acima de 60% do total investido, no Brasil o mesmo não se verifica, com o setor público sendo responsável por 45,7% dos gastos enquanto o setor privado investe 54,3% do total de recursos repassados anualmente à saúde.³³⁶

Deve ser levado em consideração que o contingente de pessoas que necessitam do serviço público de saúde é muito maior que aquele que pode contar com recursos de planos de saúde e iniciativa privada. Sendo assim, o maior investimento está voltado para um percentual pequeno da população a ser assistida.

Verifica-se, deste modo, não se tratar de mera coincidência fatos verificados no cotidiano brasileiro, tais como filas nos hospitais e postos de saúde, carência de materiais de uso médico-hospitalar básicos, falta de leitos para internação hospitalar, precariedade no atendimento oferecido, bem como acaloradas discussões no meio político com finalidade de aumentar os recursos a serem repassados para o atendimento à saúde pública no Brasil. Em meio ao fato que entre o discurso e a prática pouco tem sido realizado, as consequências são previsíveis e têm se tornado cada vez mais evidentes.

³³⁵ NITAHARA, Akemi. **Agência Brasil, percentual da população que tem plano de saúde aumenta para 24,7%**, nov/2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-11-29/percentual-da-populacao-que-tem-plano-de-saude-aumenta-para-247>>. Acesso em: set. 2014.

³³⁶ THE WORLD BANK. **Indicadores de Desenvolvimento Mundial do Banco Mundial ano de 2011**. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>>. Acesso em: ago. 2014.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil trata de danos causados ao universo moral ou patrimonial, que geram uma relação de desequilíbrio. O objetivo deste instituto civil é restaurar o equilíbrio perturbado pelo dano. Deste modo, “a responsabilidade é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto. Responsabilidade, portanto, constitui uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento”.³³⁷

Recentemente, o assunto erro médico, no meio jurídico, tem adquirido grande importância. Entre os anos de 2002 e 2009 o número de processos por erro médico recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) mais que triplicou, passando de 120 para 444 processos em análise, no período mencionado, segundo a assessoria de imprensa daquele tribunal.³³⁸

Evitando avaliação simplista, verifica-se que podem ser mencionadas várias possíveis causas para este evento, dentre as quais: a relação médico-paciente cada vez mais marcada pela impessoalidade, sendo a atuação profissional demasiadamente técnica, mantendo distanciamento em relação às expectativas dos pacientes; o avanço do domínio econômico sobre o exercício da medicina: os cuidados médico hospitalares prestados visam lucro e os serviços são oferecidos como mercadorias restritas àqueles que puderem arcar com seus altos custos; mudanças no comportamento sócio cultural que levam pacientes a cada vez mais denunciar supostos erros e exigir reparação judicialmente; má formação profissional dos médicos; falta de melhores condições de trabalho, dentre outros.

Por sua vez, a Constituição de 1988, prevê que o Estado tem o dever de ampliar o acesso aos serviços de saúde a todos os brasileiros com garantia de integralidade na assistência. Tal assistência deve ser prestada por meio de conjunto de ações contínuas e articuladas, com serviços preventivos e curativos, voltados para o indivíduo e a coletividade, devendo ser avaliado o nível de complexidade

³³⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263-265.

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920>. Acesso em: 31 out. 2013.

requerido do sistema para cada caso apresentado, de acordo com o art. 7º da Lei no 8.080/90. (CITAR)

A "universalidade" prevista confere a todo aquele que precisar do serviço público de saúde, garantia de acesso às ações e serviços de saúde, enquanto a "integralidade" prevê que o SUS deverá prestar atendimento a toda e qualquer doença nos mais diversos níveis de complexidade.

Portanto, o que ocorreu no momento da promulgação da Constituição de 1988 em relação à prestação dos serviços de saúde públicos no Brasil, foi o aumento significativo de demandas pressionando o aumento dos gastos públicos em saúde, sem que ocorresse em contrapartida garantia de recursos em volume adequado para atendimento às novas necessidades. O desafio de redirecionar o orçamento público criando fontes de financiamento, de modo a disponibilizar ações e serviços de saúde para toda a população brasileira, é uma equação que ainda não foi convenientemente resolvida até os dias atuais.

Na prática, ocorre investimento inferior às demandas necessárias, sendo visto por um lado, um grande percentual da população dependente do atendimento público de saúde e, por outro, a falta de recursos originada da má administração e subfinanciamento, tendo como consequências: a redução do número de leitos hospitalares mesmo com necessidades crescentes, falta de profissionais para atendimento, indisponibilidade de medicamentos básicos imprescindíveis ao tratamento dos pacientes, estruturas hospitalares precárias, aparelhamento e material hospitalar insuficientes para diagnósticos e procedimentos, gerando longas filas de espera, dentre outros fatores. Por consequência, quanto mais fatores adversos apresentados, maior o risco que ocorram atendimentos realizados em condições insatisfatórias, fora do padrão ideal, fato que aumenta a possibilidade de ocorrerem erros geradores de danos aos pacientes. Portanto, a carência de recursos concorre para maior número de ocorrências que resultam em dano, bem como justifica maior disposição dos usuários do serviço em buscar interferência da justiça para fins de ressarcimento, devido entendimento de não terem sido realizados todos os procedimentos de acordo com as necessidades apresentadas.

Frente a esta realidade, ao aceitar a situação de carência de recursos materiais e falta de condições de trabalho em troca da remuneração, poderia ser questionado se não estaria o médico assumindo o risco pelas consequências que porventura pudessem se originar, a partir destes fatores, influenciando negativamente o resultado do seu trabalho. E a resposta, também, não parece ser tão simples. Vale ressaltar, que os profissionais que atuam nos hospitais públicos, de modo geral, têm baixo poder político e não são devidamente ouvidos no momento em que são tomadas decisões importantes para melhorias nas condições de assistência à saúde. A desvantagem começa pelo fato de que os profissionais que exercem atividades em hospitais públicos representam uma fração da categoria médica, fato que enfraquece seu movimento, por mais bem intencionado que seja. Caso a atitude adotada seja fazer greve, estariam aumentando a vulnerabilidade da população devido descontinuidade ou interrupção, ainda que temporária, de serviço essencial. Se for exigido deles que tomem a decisão de pedir exoneração do sistema público com fins de que este melhore, ao abrir mão de seu emprego, pelo qual dedicou estudo de vários anos, pode permitir que o governo intervenha com atitudes populistas alegando que os profissionais médicos estão se negando a trabalhar para a população mais carente, abrindo espaço para que "programas emergenciais" tomem seus postos sem que nada de melhoria nas condições de atendimento ocorra.

Deixando de lado a discussão político-sócio-econômica, o que importa do ponto de vista do direito é que, em nenhuma profissão do serviço público é exigido que seja o profissional co-responsável pelo dano sofrido pelo usuário decorrente do fato do Estado não oferecer as devidas condições. Fosse assim, o policial rodoviário seria responsável por acidentes devido más condições do pavimento e sinalização das estradas, o policial federal pelo fato de haver quantidade tão grande de cocaína circulando nas grandes cidades, o juiz pela lentidão e falhas que ocorrem na prestação jurisdicional. É dever do Estado fornecer as condições ideais de trabalho, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao artigo 6º da Constituição Federal, que assegura a saúde como um dos direitos sociais, assim, o Estado têm a obrigação de prestar serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, de forma contínua, tendo o dever de reparar os danos decorrentes do descumprimento, total ou parcial, de suas obrigações. Portanto, se o

Estado não fornece condições materiais adequadas para a prestação de um serviço público de qualidade, não se justifica buscar co-responsáveis pelos danos decorrentes de sua omissão, a menos que tenha agido o profissional com imprudência, imperícia ou negligência.

Deste modo, nos casos de erro médico, via de regra, o Estado responde de forma objetiva, ou seja, não é preciso comprovação de culpa, bastando que sejam evidentes o dano ao paciente e o nexo causal entre a ação e o dano, podendo o Estado interpor ação regressiva contra o agente público que deu causa ao fato se comprovado ter agido o mesmo com dolo ou culpa.

Neste ponto, se questiona a responsabilidade de personalidades públicas responsáveis pelo Sistema Único de Saúde - SUS, maior parte das vezes representadas por pessoas físicas ocupantes de cargos públicos, cujo provimento se origina do voto popular ou de indicação política. O Estado é algo que do ponto de vista jurídico pode ser alcançado, mas se mostra extremamente abstrato, pois se trata de figura impessoal cuja composição se dá em cada indivíduo, seja ele vítima ou algoz. Deste modo, ao penalizar somente o Estado, penaliza-se duplamente a vítima e não se alcança o responsável pela situação de calamidade – talvez uma forma de não apenar ninguém e, na prática, dizer: “se houve dano, mas não há responsáveis, que pague o Estado pelo ressarcimento”. Pior ainda, é que dá liberdade para que a mesma má gestão continue disponibilizando péssimas condições, por motivos, muitas vezes, impublicáveis, que irão certamente dar origem a novos erros e falhas no serviço com número cada vez crescente de vítimas. Os recursos são insuficientes ou mal administrados? De qualquer modo se exige planejamento, com prazos e metas claramente estabelecidas, para que o problema seja sanado ou pelo menos reduzido.

Enquanto planejamento e ações eficientes estão longe da prática, os problemas se tornam críticos e se evidenciam para a sociedade como a ponta de um iceberg: o que se vê é o atendimento prestado em cada Unidade de Saúde. É conhecido que os recursos disponíveis nas diversas Unidades de Saúde do SUS, sejam eles suficientes ou não, de nenhum modo mudam a obrigação de meio por parte do profissional médico. Embora condições materiais oferecidas possam, muitas vezes, se mostrarem insuficientes, não servirão como atenuantes para ações

médicas, caso ele tenha agido de forma culposa, respondendo este profissional por responsabilidade subjetiva. Assim, faz-se necessário a diferenciação entre um resultado danoso causado por um atuar necessário mesmo que em condições não ideais, ou por imperícia, imprudência ou negligência.

Portanto, a redução dos números nas estatísticas em virtude de erros médicos passa por uma completa reformulação de um sistema público de saúde que funciona atualmente de modo precário. Conforme mencionado, diversos fatores ocorrem simultaneamente gerando condições propícias para desfechos adversos que vitimam pessoas que dependem de atendimento nos hospitais públicos, contribuindo para as estatísticas crescentes de danos a pacientes e, conseqüentemente, motivando ações por erro médico.

Sem pretensão de defesa a maus profissionais, que devem responder por suas faltas, deve ser compreendido que ao se analisar um erro médico não se pode deixar de verificar quais foram os recursos disponibilizados ao profissional no momento de sua atuação, pois o exercício da medicina depende de profissionais habilitados, mas, também, de recursos materiais que, por muitas vezes, são essenciais para a obtenção do resultado esperado. Ademais, o simples fato de indenizar os pacientes ou mesmo punir médicos judicialmente em nada fará melhorar o serviço público em saúde se ações voltadas para a solução do problema não forem adotadas. É equivalente a tratar os sintomas do paciente (consequências) sem tomar medidas para que sua doença (causa) não se agrave.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista AJURIS**, v. 59, 1993.

AGUIAR, Ruy Rosado de *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas excludentes, **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro - SJRJ**, Vol. 18, Nº 30, 2011, Rio de Janeiro.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL Código Civil de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Código de Processo Civil.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – o Tribunal da Cidadania. **Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos**, nov. 2011. Disponível em: <http://ns2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920>. Acesso em: ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processos por erro médico no STJ aumentaram 200% em seis anos**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89920>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 258.389/SP, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 16/06/2005, T4 - Quarta Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp 1.184.932 – (2010/0043325-8) – 2ª T – Rel. Min. Castro Meira – Dje 16.02.2012 – p.584; Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2009.046039-9 – Rel. Des. Henry Petry Junior – Dje 27.09.2011; TJRJ – AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007; TJMA - AC 23910-2011 - 110483/2012 - Rel. Des. Raimundo

Freire Cutrim - DJe 25.01.2012 - p.77; Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2011. 049775-7 - 3º CDCiv. - Rel. Des.Fernando Carioni - DJe 29.08.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Resp 985.888 – (2007/0088776-1) – Rel. Min. Luís Felipe Salomão – Dje 13.03.2012 – p.582; Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap 994.02.020377-8 – Araçatuba – 8º CDPriv – Rel. Hamid Bdine – Dje 13.03.2012 – p.1011; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0024.04.339823-9/0021- Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j.12.09.2007 – DJEMG 22.09.2007; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0522.03.001829-8/0011 – Porteirinha – Décima Quarta Câmara Cível – Rel. Des. Valdez Leite Machado – j. 06.09.2007 – DJEMG 25.09.2007).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE, rel. Moreira Alves, j. 22-3-1983, JSTF 55/230.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, REsp 135.542/MS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 29.08.2005; Supremo Tribunal Federal. RE 140.270, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15.04.96, DJ de 18.10.96; Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.573346, 20110110637580ACJ, Relator: Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, Relator Designado: Diva Lucy De Faria Pereira, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 06/12/2011, Publicado no DJE: 20/03/2012, p. 237.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 327904, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006; AI 552366 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 06/10/2006; STF, RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 12-4-02.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Re 90071, Relator Min. Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/1980, DJ 26-09-1980 PP- 07426 EMENT VOL - 01185-01 PP-00359 RTJ VOL - 00096-01 PP-00237; AI 106483 AgR, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 26/11/1985.

BRASIL. TJDF - APC 20030310046933 – 2ª T. Cív. – Rel. Des. J. J. Costa Carvalho – DJU 24.11.2005, p. 79.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC1.0024.04.339823 – 9/0021 – Belo Horizonte – Décima Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Duarte de Paula – j. 12.09.2007 – DJEMG 22.09.2007; STJ – Resp 985.888 – (2007/0088776-1) – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – Dje 13.03.2012 – p.582.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 0338950-2, órgão julgador: sexta câmara cível, data do julgamento: 11-4-2002, Rel. Juiz Belizário de Lacerda.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2011.049775-7 – 3ªCDCív. – Rel. Des. Fernando Crioni – Dje 29.08.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1º C de Dir. Privado - Ap. 21.815-4/8 - Rel. Guimarães e Souza - j.27.01.98 - RT 752/177; STJ – Resp 1.184.932 – (2010/0043325-8) – 2ª T – Rel. Min.Castro Meira – Dje 16.02.2012 – p.584; Tribunal de Justiça de Santa Catarina – AC 2009.046039-9 – Rel. Des. Henry Petry Junior – Dje 27.09.2011; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3º câmara, 06.12.1956, RT 262/272.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 633953, 20080111177264APC, Relator: Cruz Macedo, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/11/2012, Publicado no DJE: 23/11/2012, p. 156. Acórdão n.573346, 20110110637580ACJ, Relator: Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, Relator Designado: Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 06/12/2011, Publicado no DJE: 20/03/2012, p. 237.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.802330, 20100110278046APC, Relator: Gislene Pinheiro, Revisor: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 22/07/2014, p. 132.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.802330, 20100110278046APC, Relator: Gislene Pinheiro, Revisor: João Egmont, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 22/07/2014, p. 132; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.795877, 20090111787965APO, Relator: José Divino de Oliveira, Revisor: Vera Andrichi, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/06/2014, Publicado no DJE: 17/06/2014, p. 186; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 15304/2001 – (2001.001.15304) – 16ª C. Cív. – Rel. Des. Miguel Ângelo Barros – J. 11.12.2001; Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AC – 275052, APC (20010110977432), Rel. Dácio Vieira, Revisor Romeu Gonzaga Neiva, 5ª Turma Cível – DGU 19.07.2007 - p.114.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.776570, 20110112340079APC, Relator: Sebastião Coelho, Relator Designado: Gislene Pinheiro, Revisor: Gislene Pinheiro, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 12/03/2014, Publicado no DJE: 10/04/2014, p. 233; Superior Tribunal de Justiça. 4º T., REsp 258389/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.06.2005, DJU 28.08.2005, p. 275.

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Paraná. AC0338396-8 – Maringá -10ªC. Cív. – Rel. Des. Luiz Lopes – j. 09.11.2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 4º C - Ap. 10.898 - j. 11.03.80 - DJ 07.05.81 - p.64; Tribunal de Justiça de São Paulo. 2º C - Elnfrs - j. 30.12.80 - RJTJSP 68/227; Tribunal de Justiça de São Paulo. 7º C - Ap. Rel. Sousa Lima - j. 11.11.92 - JTJ-LEX 142/117; TJRJ - 1º C - Ap. - Rel. Pedro Américo Rios Gonçalves - j. 27.09.94 - RT 723/435; Tribunal de Justiça de São Paulo. 1º C de Dir. Privado - Ap. 21.815-4/8 - Rel. Guimarães e Souza - j.27.01.98 - RT 752/177.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5º Câ. Cív. Ap. Cív 2007. 001. 49752, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 04.09.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 5º Câ. Cív. Ap. Cív 2007. 001. 49752, rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, j. 04.09.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.60582 – Décima Sétima Câmara Cível – Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres – j. 31.01.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.60582 - Décima Sétima Câmara Cível - Rel. Des. Marcos Alcino A. Torres - J. 31.01.2007; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0194.05.051926-4/001 - 13º C. Cív. - Rel. Nicolau Masselli - DJe 15.02.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2006.001.64690 – Décima Nona Câmara Cível; Relª Desª Vera Maria Soares Van Hombeeck – j. 13.02.2007.

BRASIL. Tribunal Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.633953, 20080111177264APC, Relator: Cruz Macedo, Revisor: Fernando Habibe, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 07/11/2012, Publicado no DJE: 23/11/2012, p. 156.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 02ª R.- Ap-RN 2007.51.01.004781-9 – Sexta Turma Especializada - Rel. Des. Fed. Frederico Gueiros – DEJF2 10.11.2010; Tribunal Regional Federal. 4ª R.- AC 2001.71.00.033544-4 – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva – DJU 29.11.2006 – p. 800; Tribunal Regional Federal. 2ª R.- AC 1993.51.01.062450-0 – 6ª T. Esp. – Rel. Des. Fed. Fernando Marques – DJU 09.10.2006 – p.237; Supremo Tribunal Federal. AI 734689 AgR-ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, Acórdão Eletrônico DJe-167 DIVULG 23-08-2012 PUBLIC 24-08-2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível 1999.04.01.017791-3/RS, 4º Região, DJU de 10.01.2001, Fls.630.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Responsabilidade civil**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: ME, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Análise do Conselho Federal de Medicina aponta queda acentuada de leitos do SUS desde 2010**. set/2013. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24121:analise-do-conselho-federal-de-medicina-aponta-queda-acentuada-de-leitos-do-sus-desde-2010&catid=3>. Acesso em: ago. 2014.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CURIA, Luiz Roberto e Col. **Vade Mercum Saraiva**. 17. ed. São Paulo: Sareiva, 2014.

DEMOGUE, René, *apud* STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DENARI, Zelmo *apud* NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed, São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Aguiar *apud* RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIAS, José de Aguiar *apud* COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.7.

_____. **O estado atual do biodireito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Genival Velozo de. **Direito médico.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREITAS, Zaqueu Rodrigues. Responsabilidade civil do estado em casos de omissão: subjetividade, **Revista Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro: JC, jan. 2013, p.2. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2013/01/responsabilidade-civil-do-estado-em-casos-de-omissao-subjetividade/>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.4.

_____. **Responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOIRISCH, Adolfo *apud* LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico - aspectos éticos e legais.** Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

JORNAL DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE MINAS GERAIS, **Número de processos por erro médico no STJ cresce 155% em seis anos.** 114. ed. dez/2008-jan/2009, p. 06. Disponível em: <http://www.ammg.org.br/jornal/edicao_114/page06.pdf>. Acesso em ago.2014.

KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. **Revista Direito Sanitário.** São Paulo, jul./out. 2013, v. 14, nº 2, p. 141. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/63998/66737>>. Acesso em jul 2014.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade civil do médico.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, João Batista *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUZ, Newton Wiethorn da, OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues, THOMAZ, João Batista. **O ato médico: aspectos éticos e legais**. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

MAIA, Alneir Fernando Santos. A inclusão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade civil nas relações de consumo. **Revista de Direito da Universidade FUMEC – Meritum**, Rio de Janeiro: Forense, jan/jun 2012, v.7, nº 1.

MEIRELLES, Hely Lopes *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **(Ir)responsabilidade / Aumenta o número de ações por erro médico/Médico não é obrigado a curar/Código do Consumidor pode ser aplicado / Orientações jurídicas para médicos**. Disponível em: <<http://mppr.jusbrasil.com.br/noticias/180751/ir-responsabilidade-aumenta-o-numero-de-acoes-por-erro-medico-medico-nao-e-obrigado-a-curar-codigo-do-consumidor-pode-ser-aplicado-orientacoes-juridicas-para-medicos>>. Acesso em: set. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direito das obrigações**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.5.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 7.

NITAHARA, Akemi. **Agência Brasil, percentual da população que tem plano de**

saúde aumenta para 24,7%. nov/2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-11-29/percentual-da-populacao-que-tem-plano-de-saude-aumenta-para-247>>. Acesso em: set. 2014.

OLIVEIRA, Stênio Rolim de. A responsabilidade civil do médico, *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481>. Acesso em ago 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial da Saúde - Financiamento dos Sistemas de Saúde: o caminho para a cobertura universal**, 2011, p. 24. Disponível em: <http://www.cplp.org/Files/Filer/Relatorio_OMS.pdf>. Acesso em: set. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – introdução ao direito civil**: teoria geral do direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.I.

PEREIRA, Hélio do Valle, ENZWEILER, Romano José. **Curso de direito médico**. 11. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REVISTA VEJA. **Brasil perdeu mais de 40.000 leitos no SUS em sete anos, diz Conselho Federal de Medicina**, set/2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/brasil-perdeu-mais-de-40-000-leitos-no-sus-em-sete-anos-diz-conselho-federal-de-medicina>>. Acesso em: ago. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da, **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Debates em direito público, considerações acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do estado no Brasil, em Portugal e na Espanha**. Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 2, n. 2, p. 79-93, out. 2003 p.87. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63128>>.

SILVA, Gustavo Scatolino, CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Bahia: Juspodivm, 2012.

SILVA, Roberto Abreu e. Pressupostos da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 377.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THE WORLD BANK. **Indicadores de desenvolvimento Mundial do Banco Mundial ano de 2011**. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/data-catalog/world-development-indicators>>. , acesso em: ago. 2014.

URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013,v. 4.